

ACERCA DO REGIME JURÍDICO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS ABUSIVAS NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

J. PEGADO LIZ*

Conselheiro membro do Comité Económico e Social Europeu
(CESE) em representação dos consumidores

EXCEROTOS

“O princípio da transparência ou a obrigação de as cláusulas serem redigidas de forma clara e compreensível aparece consagrado no artigo 5º, sendo que a clareza se deve referir ao aspecto formal do clausulado (tipo de letra, tamanho, legibilidade, etc.) e a compreensibilidade à sua inteligibilidade”

“O princípio fundamental do direito do consumo da interpretação mais favorável ao consumidor, em caso de dúvida sobre o significado de uma cláusula, também aparece consagrado no artigo 5º, com a natureza de uma verdadeira sanção contra a falta de clareza das cláusulas”

“Caberá sempre aos juízes ou às outras autoridades administrativas competentes declarar se alguma cláusula do tipo das constantes da lista deve ser considerada abusiva, segundo os critérios gerais”

“A diretiva foi ainda mais longe e, pela primeira vez, admitiu que os estados-membros utilizassem ou consagassem na sua legislação de transposição mecanismos de verdadeiras ações coletivas do tipo ‘ação inibitória’”

“Logo que a proposta da Comissão foi conhecida não se fizeram esperar as reações dos principais interessados, profissionais e consumidores, sendo no entanto certo que a referida proposta não recebeu o mesmo acolhimento por parte dos vários atores da sociedade civil organizada”

*** Outra qualificação do autor**

Juiz árbitro do Centro de Informação, Mediação, Provedoria e Arbitragem de Seguros (CIMPAS)

1. Introdução

O texto ainda hoje em vigor na UE relativamente à regulamentação a nível comunitário das cláusulas contratuais abusiva é a Diretiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993¹.

Como referido e documentado noutro artigo², foi tardia e não isenta de dificuldades e de limitações a descoberta e a adoção de uma legislação comunitária relativa às cláusulas contratuais abusivas.

E, no entanto, é de abril de 1975 a primeira referência em documento da Comissão à necessidade de os estados europeus se dotarem de legislação nesta matéria³ e de novembro de 1976 a resolução precursora do Conselho da Europa⁴.

Foi contudo preciso esperar até ao ano de 1984 para que a Comissão apresentasse a sua primeira comunicação sobre as cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores e ainda cerca de mais dez anos para a publicação da Diretiva 93/13/CEE, quando já variados estados-membros à data tinham avançado com as suas próprias iniciativas legislativas, entre os quais Portugal.

Isto espelha bem a dificuldade e o melindre de uma iniciativa legislativa comunitária que, pela primeira vez, mexe no cerne do direito civil dos estados-membros e relativamente à qual eram divergentes as perspectivas dos sistemas jurídicos já em vigor nesses mesmos estados.

É certo que a doutrina há muito se havia debruçado sobre a questão das cláusulas contratuais gerais, nomeadamente a propósito do desenvolvimento que se havia verificado, a partir dos anos 1950, dos chamados “contratos de adesão”, como os batizou o grande jurisconsulto francês SALEILLES, em 1901⁵, de que as apólices de seguro eram o paradigma⁶, e das concepções então nascentes relativas ao “direito justo”, ao “equilíbrio contratual” e à proteção da “parte fraca”.

Mas foi efetivamente na década de 1970 que, primeiro na Alemanha⁷ e depois em vários outros países europeus, os ordenamentos jurídicos positivos consagraram disposições legais sobre as chamadas “cláusulas abusivas”⁸.

Foi com este acervo legislativo e doutrinal e ainda com a jurisprudência que entretanto se ia formando nos estados-membros que a Comissão se teve de defrontar quando decidiu avançar com a sua proposta a nível comunitário nos meados dos anos 1980.

Tal doutrina, europeia e nacional⁹, primou pelo afeiçoar de conceitos e pelo precisar dos interesses em causa, de que a jurisprudência, nos diversos

países, iria aplicando aos casos concretos, formando um sólido corpo de decisões, donde era possível extrair uma orientação bem definida e estruturada em cada um deles, mas não coincidente nem convergente.

Foi aquele, aliás, momento raro de confronto de ideias e de opiniões que não pode deixar de se recordar aqui, quando, por iniciativa de um então mais jovem Prof. Mário Frota, reuniu-se em Coimbra, em 1988, um escol ímpar de eminentes juristas e representantes de empresários e de consumidores de todo o mundo no 1º Congresso Europeu das Condições Gerais dos Contratos¹⁰.

A primeira proposta da Comissão, feita de compromissos e ambiguidades, indispensáveis para granjear a então necessária unanimidade¹¹, que o Reino Unido tentou até ao último momento impedir, manifestando-se ferozmente quanto à iniciativa, que ia, alegadamente ao arrepio da sua lei nacional sobre os “unfair contract terms”¹², foi objeto de acerbas críticas desde logo pelo Parlamento Europeu¹³.

Também o Comité Económico e Social, congratulando-se embora com a iniciativa da Comissão como forma de *“restabelecer o equilíbrio nos contratos celebrados pelos consumidores”*, não deixou, para além de várias observações na especialidade, de chamar a atenção para a *“inconveniência de aproximar o direito dos contratos enquanto tal”* e para o *“crescente risco de incerteza jurídica tanto para os consumidores como para os fornecedores, dado o papel essencial dos tribunais em matéria contratual”*, os quais, *“mesmo baseando-se num instrumento legislativo harmonizado interpretarão de forma diferente disposições idênticas, em função da evolução do direito dos contratos e dos consumidores no respectivo Estado-membro e, de um modo geral, em função da cultura e tradição jurídicas”*¹⁴.

E também não surpreenderá o fato de a sua transposição se ter arrastado por vários anos¹⁵ e de ter sido objeto mesmo de vários processos movidos pela Comissão, alguns dos quais chegaram até ao Tribunal de Justiça, por transposição tardia, incompleta ou incorreta¹⁶.

É que, um pouco por toda a parte, e em particular nos países cujos ordenamentos jurídicos já consagravam sistemas por vezes bem mais avançados e tecnicamente mais perfeitos do que o constante da diretiva, houve a noção da sua inutilidade ou mesmo do prejuízo da introdução de um instituto jurídico desfasado das realidades nacionais a que os sistemas existentes respondiam melhor do que o novo regime comunitário¹⁷.

No entanto, na medida em que o dispositivo comunitário regia exclusivamente para os “contratos celebrados com os consumidores”, podendo assim considerar-se “lei especial”, e principalmente porque consagrava o

princípio da harmonização mínima¹⁸, a diretiva acabou por ser transposta e passou a fazer parte do acervo comunitário em matéria de direito comunitário do consumo.

2. Breve súmula do regime da Diretiva 93/13/CEE

2.1. Finalidade

Apesar das limitações e das circunstâncias que estiveram na sua génese, a Diretiva 93/13/CE acabou por constituir um exemplo de legislação simples e sintética que, em 11 artigos, define, de forma escorreita, um regime jurídico comunitário para uma das áreas mais complexas do direito dos contratos.

O seu objetivo é, desde logo, claramente fixado no seu artigo 1º – a aproximação das disposições legislativas regulamentares e administrativas dos estados-membros relativas às cláusulas abusivas em contratos celebrados entre profissionais e consumidores, objetivo que a diretiva enquadra na necessidade de garantir a progressiva realização do mercado interno, nas “divergências marcantes” das legislações respectivas dos estados-membros e no seu desconhecimento pelos consumidores que os dissuade de efetuar transações diretas noutro Estado que não seja o da sua nacionalidade e nas “distorções de concorrência” entre os profissionais aquando da comercialização noutros Estados-membros.

A Comissão teve corretamente a percepção de que *“a utilização de cláusulas que desequilibrem significativamente as relações contratuais entre as partes prejudica não só os interesses da parte que sofre com a utilização destas cláusulas, mas ainda a ordem jurídica e económica. Com efeito, as cláusulas contratuais gerais são vocacionadas para substituir as soluções jurídicas estabelecidas pelo legislador, substituindo, ao mesmo tempo, os padrões de justiça em vigor na comunidade por soluções procuradas de forma unilateral com o propósito de maximizar os interesses particulares de uma das partes”*¹⁹.

2.2. Campo de aplicação

O campo de aplicação da diretiva é definido por uma disposição positiva e três disposições negativas.

De um lado, ela *aplica-se* apenas às cláusulas constantes de *contratos celebrados entre profissionais e consumidores*²⁰, sendo que o “consumidor” é definido, de forma restrita, como “pessoa singular” que atue com fins que não pertençam ao âmbito da sua atividade profissional²¹, e o “profissional” é

a outra parte que atua “no âmbito da sua atividade profissional, pública ou privada”²².

Por outro lado, ela *não se aplica*

– a *cláusulas que tenham sido objeto de negociação individual* (art. 3º, nº 1) – sendo importante esclarecer aqui que não se trata, de um lado, do contrato no seu conjunto, que pode ser objecto de negociação, mas apenas das suas cláusulas, nem, de outro lado, exclusivamente de contratos de adesão, podendo ser aplicada a contratos feitos para um único consumidor, desde que as cláusulas não tenham sido efectivamente negociadas²³, sendo certo que é ao profissional que incumbe a prova de que qualquer cláusula normalizada tenha sido negociada individualmente (art. 3º nº 2 III);

– as *cláusulas decorrentes de disposições legislativas ou regulamentares imperativas* dos Estados-membros ou de disposições ou princípios previstos em convenções internacionais de que os Estados-membros ou a Comunidade sejam parte (art. 1º, n. 2)²⁴;

– a *cláusulas que respeitem à definição do preço ou ao objeto principal do contrato*, desde que redigidas de maneira clara (art. 4º, n. 2)²⁵.

2.3. Princípios fundamentais

Vários princípios fundamentais presidiram à elaboração desta diretiva, destacando-se, desde logo, o já referido da *harmonização mínima* (artigo 8º), com isso significando que os estados-membros podiam não só manter as disposições nacionais mais protetoras dos consumidores, como igualmente adotar medidas mais rigorosas, desde que compatíveis com o Tratado e, designadamente, com os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade²⁶.

Outro princípio fundamental é o do *equilíbrio contratual* que a diretiva se propõe restabelecer num domínio em que o consumidor é reconhecidamente uma *parte fraca*, que não atua em pé de igualdade com a sua contraparte, o profissional (art. 3º, nº1)²⁷.

Importante é notar que o desequilíbrio gerado por qualquer cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual terá de ser “significativo em detrimento do consumidor”.

Por outro lado, tal desequilíbrio deverá ser apreciado “*a despeito da exigência da boa-fé*”, expressão que deu origem a desencontradas interpretações, desde logo porque a sua tradução, nas várias versões linguísticas, se prestou a diferentes sentidos.

Com efeito, não foi uniforme o modo como os diversos estados-membros transpuseram a diretiva²⁸, desde os que, pura e simplesmente,

omitiram o princípio do desequilíbrio contratual²⁹, outros que, ao contrário, não incluíram a referência à boa-fé³⁰, àqueles que suprimiram o qualificativo “significativo”³¹ ou àqueles que se limitaram a uma transposição meramente literal³².

E, mesmo assim, a expressão “a despeito de”, tradução de “spite of” ou de “en dépit de”, teve interpretações diversas e até opostas, desde o entendimento de que o dominante seria o critério objetivo do desequilíbrio, apesar da existência de boa-fé, ou, ao contrário, que mesmo que existisse desequilíbrio, para ser considerada abusiva seria ainda necessário que a cláusula também fosse contrária à boa-fé³³.

O *princípio da transparência* ou a obrigação de as cláusulas serem redigidas de forma clara e compreensível aparece consagrado no artigo 5º, sendo que a clareza se deve referir ao aspecto formal do clausulado (tipo de letra, tamanho, legibilidade, etc.) e a compreensibilidade à sua inteligibilidade.

Não primando pela objetividade da sua enunciação, a concretização deste princípio foi objeto de jurisprudência vária nos estados-membros³⁴ que, de forma geral, optaram pelo conceito de consumidor “fraco”³⁵.

Ao contrário, no Tribunal de Justiça, a orientação da jurisprudência foi antes no sentido do conceito de “consumidor médio” ou consumidor “responsável”³⁶, no que se iria revelar premonitório para a elaboração da Diretiva 2005/29/CE, relativa às práticas comerciais desleais³⁷.

Intimamente relacionado com o anterior, o princípio fundamental do direito do consumo da *interpretação mais favorável ao consumidor*, em caso de dúvida sobre o significado de uma cláusula, também aparece consagrado no artigo 5º, com a natureza de uma verdadeira sanção contra a falta de clareza das cláusulas.

Finalmente o princípio da prevalência da *redução do contrato* sobre a sua resolução, segundo o qual os contratos celebrados que contenham cláusulas abusivas deverão ser mantidos e vincular as partes, sempre que, sem prejuízo da sua economia essencial, eles puderem “subsistir sem as cláusulas abusivas” (art. 6º, nº 1).

Alguns países, como a Suécia e Portugal³⁸, deixaram ao consumidor a decisão sobre a manutenção dos contratos.

O desequilíbrio
gerado por
qualquer cláusula
contratual que não
tenha sido objeto
de negociação
individual terá de
ser “significativo
em detrimento do
consumidor”

2.4. Definição de cláusulas abusivas e lista anexa

A diretiva prevê uma *noção geral de cláusula abusiva* como sendo a que, “a despeito da exigência da boa-fé, der origem a um desequilíbrio significativo, em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das parte decorrentes do contrato” (art. 3º, nº1).

Para além dos aspectos já analisados, esta definição faz apelo a uma ponderação do equilíbrio entre os direitos e obrigações em concreto das partes, tendo em consideração, designadamente:

- a natureza dos bens e serviços objeto do contrato;
- a consideração de todas as circunstâncias que rodearam a sua celebração;
- o conjunto do clausulado em causa ou de qualquer outro contrato de que este dependa (art. 4º, nº1).

Esta noção geral é complementada por uma *lista, em anexo*, de tipos de cláusulas que podem ser consideradas abusivas.

O caráter e a natureza desta lista foram objeto de muita discussão na doutrina, mesmo antes da publicação da diretiva e, posteriormente, na forma da sua transposição pelos legisladores.

Desde logo, a diretiva é expressa em esclarecer que a lista é “indicativa e não exaustiva”, ou seja, não se trata de uma chamada “lista negra”, nem sequer de uma lista “cinzenta”, mas antes verdadeiramente de uma lista “branca”.

Significa, assim, que o fato de certos tipos de cláusulas estarem contidos na lista não quer dizer automaticamente que elas devam ser declaradas abusivas em casos concretos. Caberá sempre aos juízes ou às outras autoridades administrativas competentes declarar se alguma cláusula do tipo das constantes da lista deve ser considerada abusiva, segundo os critérios gerais. Significa, igualmente, que o fato de certos tipos de cláusulas não constarem da lista não permite concluir pelo seu caráter não abusivo.

A transposição desta lista foi muito diversa. Os países nórdicos, por exemplo, decidiram pura e simplesmente não transpor o anexo na sua legislação, considerando-o, aliás, prejudicial aos interesses dos consumidores³⁹. De outro lado, estados houve que transpuseram literalmente a lista, mantendo-lhe o caráter não vinculativo, como foi o caso da França, da Irlanda e do Reino Unido. Outros, como a Bélgica, a Grécia, a Espanha, o Luxemburgo e a Áustria, consideraram as cláusulas contidas na lista como automaticamente abusivas (lista negra). Finalmente outros ainda, como a Alemanha, a Itália, a Holanda e Portugal, integraram os tipos de cláusulas constantes da lista em listas próprias mais desenvolvidas do tipo lista “negra” e “lista cinzenta”.

2.5. Efeitos da determinação do caráter abusivo

Ao contrário do que havia sido solicitado durante as discussões anteriores à publicação da diretiva, o artigo 6º, n. 1, limita-se a dispor que as cláusulas abusivas “não vinculam o consumidor”, não estabelecendo qual a *natureza do vício* ou a sanção aplicável – a nulidade, a anulabilidade, a ineficácia, etc. – deixando aos estados-membros esta decisão.

Como seria de esperar, este artigo foi transposto de modo muito diferente. A Bélgica, a Espanha, o Luxemburgo, Portugal e a Suécia optaram pela nulidade; a Holanda preferiu a anulabilidade; a Itália adotou a ineficácia; a Finlândia previu que as cláusulas abusivas possam ser objeto de uma modificação ou não ser aplicadas; finalmente, a Irlanda e o Reino Unido transpuseram literalmente o artigo, sem se preocupar em definir um vício preciso.

Questão que não decorre de forma clara do texto da diretiva é o dos poderes do juiz para *conhecer “ex officio”* do caráter abusivo de cláusulas constantes de contratos que sejam submetidos à sua apreciação, mesmo que as partes não suscitem a questão.

Coube à jurisprudência do Tribunal de Justiça definir no sentido positivo esta competência dos juízes e de consignar mesmo a obrigação de o fazer, fundando-se, para tanto, no caráter imperativo da disposição do artigo 6º, n. 1, da Diretiva⁴⁰, podendo, assim, as decisões judiciais que não tenham conhecido do caráter abusivo de certas cláusulas, quando o devessem fazer, ser impugnadas com base no não conhecimento de matéria de que tinham obrigação de conhecer⁴¹.

2.6. O controlo abstrato das cláusulas

A diretiva não se fica, no entanto, pela fiscalização repressiva da utilização de cláusulas abusivas em contratos celebrados. Com efeito, ela impõe aos estados-membros a obrigação de resultado de introduzirem, nos seus ordenamentos jurídicos, mecanismos adequados e eficazes para impedir a utilização de tais tipos de cláusulas (art. 7º, n. 1, a dois sistemas de controlo abstrato das cláusulas, seja os tribunais, sejam “órgãos administrativos competentes” (artigo 7º, n. 2).

Embora a generalidade dos estados-membros tenha atribuído a decisão final a órgãos judiciais⁴², em alguns países, mercê de uma tradição legislativa anterior, foi mantida uma componente administrativa muito forte, como o Reino Unido, com o seu “Office of Fair Trade”, e a França, com a sua “Commission des Clauses Abusives”. Por seu turno, alguns países, como

a Espanha e Portugal, criaram sistemas específicos de registo das cláusulas abusivas⁴³.

No entanto, a diretiva foi ainda mais longe e, pela primeira vez, admitiu que os estados-membros utilizassem ou consagrassem na sua legislação de transposição mecanismos de verdadeiras ações coletivas do tipo “ação inibitória”⁴⁴, ao admitir que tivessem *legitimidade ativa* para a propositura de ações com vista à cessação da utilização de cláusulas contratuais abusivas “*redigidas com vista a uma utilização generalizada*”, não apenas as pessoas com interesse pessoal, direto e legítimo, mas igualmente “*organizações que, segundo a legislação nacional, têm um interesse legítimo na defesa do consumidor*” (art. 7º, nº 2)

Vários estados-membros alargaram esta legitimidade a outras entidades, designadamente a autoridades encarregadas de uma missão de serviço público, como o “Director of the Office of Fair Trade” inglês, o “Director of Consumer Affairs” irlandês, o “Omudsman” nos países escandinavos, o Ministério Público em Espanha e em Portugal⁴⁵.

Também do lado da *legitimidade passiva*, a diretiva foi inovadora, ao admitir expressamente que estas ações pudessem ser intentadas, “*em conjunto, contra vários profissionais do mesmo setor económico ou respectivas associações que utilizem ou recomendem a utilização das mesmas cláusulas contratuais gerais ou de cláusulas semelhantes*”.

É escusado ressaltar a importância de um dispositivo desta natureza para a economia processual e a rapidez e eficácia do controle das cláusulas contratuais gerais.

2.7. A lei aplicável

Uma palavra apenas para esclarecer o alcance do preceito do artigo 6º, n. 2, que estabelece a obrigação dos estados-membros de evitar que o consumidor se veja privado da proteção conferida pela diretiva pelo fato de ser escolhido pelas partes, no uso da sua liberdade e autonomia, o direito de um país terceiro como direito aplicável ao contrato, “*desde que o contrato apresente uma relação estreita com o território dos estados-membros*”.

Porque vários estados-membros não captaram com rigor o teor deste dispositivo, não o tendo transposto corretamente é, desde logo, importante afirmar que, apesar dos seus termos, a presente disposição não pretende regular a lei aplicável ao contrato, que é deixada à aplicação das disposições constantes da Convenção de Roma de 1980. O que ela pretende é antes

que, mesmo no caso de lhe ser aplicável um direito de um país terceiro, ao que ela se não opõe, seja garantido que, no caso de o contrato em causa ter uma “relação estreita”⁴⁶ com o território europeu, o consumidor tenha sempre uma proteção idêntica à que lhe é conferida pela diretiva⁴⁷.

2.8. O controle da transposição e o CLAB

Hoje, todos os estados-membros transpuseram a diretiva de forma globalmente considerada satisfatória pela Comissão⁴⁸.

Não foi, no entanto, assim no início, tendo a Comissão tido de chamar a atenção de vários estados-membros para a falta, deficiência ou incorreção dos textos de transposição.

Do que foi esse trabalho deu detalhada conta o “*Relatório da Comissão sobre a aplicação da Diretiva 93/13/CE*”⁴⁹ para que se remete e que é bem demonstrativo da dificuldade encontrada na transposição de uma diretiva que, aparentemente singela, mexe com a tradição mais profunda de um dos ramos do direito mais essencial dos estados-membros, o direito dos contratos.

Uma iniciativa não prevista na diretiva, mas que se revelou de extrema importância no acompanhamento da sua aplicação, foi a adoção de um instrumento de acompanhamento da aplicação prática da diretiva através da criação de uma base de dados que tinha como objetivo inventariar a “jurisprudência nacional” relativa às cláusulas abusivas (o CLAB).

Enquanto existiu e foi alimentada com base em informação fornecida por eminentes juristas contratados nos diversos estados-membros, esta base pôde ser gratuitamente consultada no servidor da Comissão ([http://europa.eu.int/clab/index .htm](http://europa.eu.int/clab/index.htm)).

É importante salientar que por “jurisprudência”, na acepção da base de dados, se entendiam não só as decisões dos tribunais, mas igualmente as decisões de órgãos administrativos, os acordos voluntários, as transações judiciais ou as decisões arbitrais.

Sem nunca ter pretendido ser exaustivo, o CLAB continha a “jurisprudência” mais importante a que, quer consumidores, quer profissionais e as suas respectivas associações, bem como os académicos e os legisladores nos estados-membros, podiam aceder.

Não pode, assim, deixar de se estranhar e lamentar que de há alguns anos a esta parte, inexplicavelmente, este site tenha pura e simplesmente deixado de existir, sem qualquer justificação por parte da Comissão.

3. A aplicação da diretiva

Nos termos do artigo 9º da Diretiva, a Comissão deveria ter dado conta ao Parlamento Europeu e ao Conselho, através de um relatório, apresentado “o mais tardar cinco anos após 31 de dezembro de 1994”, do estado da aplicação da referida diretiva.

Fê-lo a 27 de abril de 2000, no anteriormente citado Relatório de Aplicação da Diretiva, e no seguimento de um dos mais importantes exercícios de discussão pública com os “stake-holders” e o público em geral⁵⁰ nos vários estados-membros, culminando com uma das mais participadas e interessantes conferências em que o signatário teve a oportunidade de participar⁵¹, realizada em Bruxelas de 1 a 3 de julho de 1999⁵².

Mais importante hoje do que a análise do que havia sido, à data, o modo como a referida diretiva tinha sido transposta e aplicada, com as dificuldades e hesitações inerentes, será antes refletir sobre as questões e observações que, já então, foram formuladas.

E teria sido expectável e desejável que a Comissão as houvesse por bem ter tido em devida consideração na tentativa de revogação e alteração da mencionada diretiva, no âmbito da sua proposta sobre “os direitos dos consumidores”⁵³.

Com efeito, a participação nesta conferência de alguns dos maiores vultos no domínio do direito comunitário do consumo⁵⁴, como de experientes representantes de organizações de profissionais e de associações de consumidores, foi a melhor garantia da seriedade e da pertinência dos comentários e das sugestões feitas.

Com particular interesse para a apreciação daquela proposta da Comissão, destacam-se os seguintes “elementos de reflexão” recolhidos no mencionado Relatório da Comissão:

a) a aparente falta de justificação da *exclusão das cláusulas negociadas individualmente* do âmbito da diretiva, exclusão aliás não transposta por vários estados-membros⁵⁵;

b) identicamente não se afigurava justificável a *exclusão relativa ao preço e ao objeto do contrato*, sendo certo que uma grande parte dos estados-membros não a tinha transposto⁵⁶ e que, por outro lado, “*no que diz respeito ao preço, as cláusulas relativas ao preço são com efeito efetivamente submetidas ao controlo previsto pela diretiva, dado que a exclusão se refere unicamente à adequação entre o preço e a remuneração, por um lado, e os serviços ou os bens a fornecer em contrapartida, por outro lado. As cláusulas que estipulam o modo de cálculo ou*

*as modalidades de modificação do preço estão totalmente sujeitas ao controlo da diretiva. No que diz respeito ao objeto do contrato, a sua exclusão da diretiva não contribui de modo nenhum para a resolução dos casos em que este elemento seja de uma verdadeira importância*⁵⁷;

c) o *caráter não vinculativo nem exaustivo da lista anexa* com os tipos de cláusulas abusivas, sendo certo que as legislações nacionais geralmente não seguiram a abordagem da diretiva, indo frequentemente mais longe. Assim, alguns países como a Áustria, a Espanha, a Bélgica o Luxemburgo e a Grécia apresentam listas onde as cláusulas são sempre consideradas como abusivas (listas negras); outros preveem listas negras e cinzentas, como Portugal, a Holanda, a Dinamarca e a Itália; e apenas uma minoria, a França, o Reino Unido e a Irlanda, optou por uma lista não vinculativa como a da diretiva. Aliás, a própria obrigatoriedade da transposição da lista, tendo começado por ser considerada essencial pelo Tribunal de Justiça⁵⁸, acabou por ser julgada dispensável em algumas circunstâncias⁵⁹;

Alguns países, como a Suécia e Portugal, deixaram ao consumidor a decisão sobre a manutenção dos contratos

d) o *aprofundamento do princípio da transparência*, de forma a garantir não só que o consumidor seja capaz de obter, antes da conclusão do contrato, as informações necessárias para que possa decidir com pleno conhecimento de causa⁶⁰, mas também que da violação do princípio da transparência decorram verdadeiras sanções, dado que as cláusulas contratuais que não respeitam os critérios de clareza e de inteligibilidade não são nem afastadas do contrato nem consideradas como abusivas⁶¹;

e) a vantagem, em termos de harmonização, da definição, a nível comunitário, da *natureza e do regime dos vícios e suas consequências* pela utilização de cláusulas abusivas, que, nas diversas transposições, vão desde a inexistência à nulidade, à anulabilidade, à ineficácia ou à mera inaplicabilidade;

f) a necessidade de estabelecer, de forma clara e sem qualquer ambiguidade, que os juízes têm o *poder/dever de apreciar oficiosamente do caráter abusivo* de qualquer cláusula de qualquer contrato que lhes seja submetido como causa de pedir em qualquer ação, ou mesmo de contrato acessório com ele relacionado⁶², ainda que esse vício não haja sido invocado por qualquer das partes;

g) conquanto deixado ao critério dos estados-membros, a efetiva exclusividade que foi dada aos sistemas judiciais para definição do caráter

abusivo das cláusulas abusivas revelou as profundas diferenças na forma como as decisões podem ser obtidas nos vários países, nomeadamente as demoras e os elevados custos dos processos judiciais, a não aceitação, em alguns casos, de processos urgentes ou cautelares⁶³, a não definição do efeito “erga omnes” dos casos julgados, que minam a eficácia do sistema como meio de saneamento do mercado, a não regulação dos efeitos acessórios das sentenças, como a obrigação da sua publicitação ou a aplicação de sanções pecuniárias acessórias contra a recusa de supressão de cláusulas abusivas e, principalmente, a inexistência de um quadro harmonizado para ações coletivas a nível europeu, são tudo elementos a exigir uma profunda reflexão quanto aos *aspectos puramente processuais* deste regime e à sua evolução, de um sistema “negativo” de supressão de cláusulas abusivas para um *sistema “positivo”, de natureza administrativa, de negociação individual ou coletiva*, com parâmetros definidos a nível europeu⁶⁴;

h) uma das questões igualmente suscitadas referia-se à definição de *tipos de cláusulas abusivas setoriais*, conforme sugerido em particular pelo CESE ⁶⁵ e de que foi excelente exemplo o estudo encomendado pela Comissão sobre as cláusulas abusivas constantes de certos contratos de seguros⁶⁶;

i) ainda que não de forma expressa nas discussões havidas, uma questão subjacente e a merecer ser dilucidada era a da *limitação do regime das cláusulas abusivas apenas aos contratos com os consumidores*, sendo certo que em alguns estados-membros o regime existente se aplica a quaisquer contratos em geral, mesmo aos celebrados entre os profissionais⁶⁷.

4. A proposta “Direitos dos Consumidores” e a alteração e revogação da Diretiva 93/13/CEE

Foi com surpresa, senão mesmo com estupefação, que se tomou conhecimento de que um dos objetivos da referida Proposta da Comissão sobre os “Direitos dos Consumidores” era a revogação da Diretiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, e a sua substituição por um novo regime, constante fundamentalmente dos artigos 30º a 39º da Proposta.

Noutros locais e em artigos gentilmente publicados na Revista Portuguesa de Direito do Consumo (RPDC) e na Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo⁶⁸, já se teve a oportunidade de analisar o teor e as consequências das propostas de alteração avançadas pela Comissão relativamente a esta matéria, quer em geral no âmbito do direito comunitário, quer em particular

em relação ao direito pátrio⁶⁹ e ao direito francês⁷⁰. Não se retomará o que aí se disse e se escreveu em pormenor, mas apenas se quer recordar as conclusões desses estudos:

a) *Ao contrário do que seria desejável e expectável – que uma revisão da diretiva 93/13/CEE contribuisse para um aperfeiçoamento do direito e para uma melhoria da proteção dos consumidores – tal não foi o que sucedeu com a presente proposta da Comissão;*

b) Desde logo, porque *parte de alguns princípios errados quanto aos motivos e às razões para a revisão do atual clausulado*, designadamente a necessidade de substituir o regime da harmonização mínima por um regime de harmonização total;

c) Depois, porque *não levou na mínima conta tudo quanto académicos e práticos do direito, juízes e advogados, profissionais e consumidores, administrações públicas centrais e locais, ao longo de tantos anos e em tantos momentos, haviam discutido e posto em comum em reflexões aprofundadas e baseadas em experiências práticas na aplicação da diretiva;*

d) Nomeadamente, a proposta parece ter feito *tábua rasa daquilo que a própria Comissão já tinha alcançado* nos laboriosos estudos que precederam os memoráveis encontros de Bruxelas em Julho de 1999 sobre “A avaliação da Diretiva 5 anos depois” e as suas perspectivas para o futuro;

e) Genericamente, a proposta, *ao optar pelo critério da harmonização total, sem permitir adotar ou manter, no direito interno dos estados-membros, níveis de proteção mais elevados, implicaria que*, sempre que determinadas disposições tivessem dado lugar a transposições mais favoráveis aos consumidores, *o nível da proteção fosse obrigatoriamente rebaixado ao patamar consagrado na proposta;*

f) Concretamente, algumas alterações introduzidas na proposta conduzem a uma *efetiva diminuição do nível de proteção* dos consumidores, como é o caso:

I – da definição da *finalidade da diretiva*, (artigo 1º) em que avulta, como objetivo primeiro, “o bom funcionamento do mercado interno”, e só secundária e acessoriamente “um elevado nível de proteção dos consumidores”;

II – da *noção de consumidor*, mais restrita do que a constante da Diretiva 93/13/CE, na medida em que, à exclusão da “atividade profissional”, acrescenta agora as atividades “comercial, industrial e artesanal”;

III – da *noção de profissional*, agora substituída, em algumas versões linguísticas, pelo conceito de “comerciante”, cuja utilização não é constante no direito comunitário, nem o seu significado idêntico nos diversos direitos nacionais;

IV – do *âmbito de aplicação*, com a introdução de uma importante restrição em detrimento dos consumidores, na medida em que a presente proposta cobre exclusivamente as cláusulas que figuram nos contratos escritos (pré-redigidas, segundo os termos do n. 1 do art. 30º);

V – da proibição de os estados-membros imporem quaisquer *requisitos de apresentação dos clausulados* das condições gerais dos contratos;

a) No seu conjunto *as listas negra e cinzenta são mais limitadas no grau de proteção* do que a lista indicativa da Diretiva vigente; apenas 9 cláusulas das listas da proposta mantêm uma redação similar à da Diretiva;

b) Acresce que, no que se refere à *natureza das listas* (artigos 34º e 35º), não sofre dúvidas que se trata agora de listas *vinculativas nos seus precisos termos e exaustivas*; ou seja, só podem ser consideradas abusivas *em qualquer circunstância (lista negra)* as cláusulas constantes da lista do *anexo II*; identicamente, a lista de cláusulas do *anexo III* que se *presumem abusivas*, salvo se o comerciante tiver provado que são “justas” de acordo com os princípios gerais do artigo 32º, também é *taxativa*;

c) Significa isto, desde logo, que os estados-membros são *obrigados a transpor as referidas listas nos seu precisos termos*, não podendo modificar a sua redação nem aditar quaisquer outros tipos de cláusulas a tais listas; mas significa também que *deixam de ser consideradas abusivas mesmo as cláusulas típicas constantes de listas negras, nas legislações dos vários países*;

d) E implica também que os estados-membros que tenham consagrado *listas cinzentas* de cláusulas tipo que poderiam ser consideradas abusivas “consoante o quadro negocial padronizado”, serão *obrigados a limitá-las ao constante do anexo III*;

e) Também *o processo encontrado para, no futuro, serem revistas e eventualmente alteradas as listas constantes dos anexos além de ser demasiado rígido, não oferece garantias de uma apreciação e avaliação verdadeiramente objetiva e credível*;

f) Quanto a várias alíneas, fácil é verificar, pela sua comparação, como, de forma geral, *a redação da proposta é menos protetora do que da atual Diretiva*;

g) Mais significativo do nível diminuído da proteção dos consumidores é também o fato de *alguns tipos importantes* de cláusulas constantes da lista da Diretiva *não aparecerem em nenhuma das listas dos Anexos da Proposta*;

h) No que se refere aos *critérios de inclusão e de definição da natureza* das cláusulas abusivas nas duas listas,

I – pelo menos as cláusulas constantes das *alíneas a), b), d) e h) da lista do Anexo III* deveriam ser consideradas como absolutamente proibidas e

constar da lista negra do Anexo II – na medida em que respeitam à *clara violação de princípios imperativos do direito dos contratos*, como sejam “a exceção de não cumprimento”, o “direito de retenção” ou o “direito de compensação”;

II – mas ainda a doutrina comum dos autores e a lição da jurisprudência dos tribunais levam a considerar que vários outros tipos de cláusulas deveriam constar das listas anexas à proposta;

i) A limitação do alcance e do teor das listas da proposta teria, vários efeitos prejudiciais, que importa referir.

I – Desde logo, *levaria ao absurdo*, no caso de países como Portugal, onde o regime das cláusulas abusivas se aplica também a relações entre comerciantes, e sendo certo que a proposta se refere apenas às relações entre comerciantes e consumidores, *da existência simultânea de dois regimes diversos, sendo que o relativo aos consumidores seria menos protetor do que o relativo simplesmente aos comerciantes.*

As cláusulas
abusivas “não
vinculam o
consumidor”

II – Por outro lado, a publicação das novas listas teria como efeito imediato, ao nível da interpretação da lei, de se considerar que *todos os tipos de cláusulas suprimidos das listas teriam deixado de ser abusivas e passado a ser permitidas.*

III – Ainda que se dissesse que a *interpretação da noção geral de cláusula abusiva* deveria conduzir a que aqueles tipos de cláusulas (com exceção das do anexo II) deveriam ser consideradas igualmente abusivas, isso ficaria sempre *dependente de uma decisão judicial, sujeita ao carácter aleatório de todas as decisões judiciais e sem qualquer garantia de uniformidade de jurisprudência, obrigando ao recurso constante ao Tribunal de Justiça para interpretação conforme com o direito comunitário, ele em si mesmo também aleatório.*

j) Em contrapartida, vários aspectos que deveriam ter sido objeto de modificação baseada na experiência destes anos de vigência e de aplicação das leis nacionais de transposição permaneceram inexplicavelmente inalterados, não melhorando o nível de proteção dos consumidores.

k) Finalmente não pode deixar de se estranhar que aspectos reconhecidamente em falta na regulamentação comunitária atual não tivessem sido considerados nesta nova proposta.

Por todas estas razões a *conclusão final* que então se retirou foi a da necessidade desta proposta de alteração da Diretiva 93/13/CEE ser pura e

simplesmente retirada e inteiramente reformulada, como recordar ainda as posições de generalizado repúdio das principais organizações representativas dos consumidores e de organismos oficiais da EU, com destaque para a posição do CESE.

Com efeito, logo que a proposta da Comissão foi conhecida não se fizeram esperar as reações dos principais interessados, profissionais e consumidores, sendo no entanto certo que a referida proposta não recebeu o mesmo acolhimento por parte dos vários atores da sociedade civil organizada.

As *associações empresariais* apoiaram a proposta por considerar que ela contribuiria para um melhor funcionamento do mercado interno e que poderia melhorar a sua competitividade, atenuando as reticências em relação às transações transfronteiras, ao mesmo tempo em que reduziria os custos administrativos e os encargos que os comerciantes têm que suportar para se conformarem às novas regras.

Já as *organizações de consumidores* consideraram que a proposta colidia com direitos adquiridos, que fazem parte do acervo comunitário, pelo que qualquer redução de direitos dos consumidores seria inadmissível. Em geral, consideraram que a proposta levaria a uma redução dos direitos dos consumidores, na medida em que a harmonização total, em que ela se baseava, era excessiva e desproporcionada para os fins que pretendia perseguir, além de constituir um obstáculo a futuros desenvolvimentos.

Em especial o BEUC, Bureau Européen des Unions des Consommateurs, mostrou-se particularmente crítico e apreensivo com o teor da proposta, denunciando publicamente os graves erros de que enfermava e os perigos que comportava, em várias ocasiões⁷¹, e substanciando a sua posição em extenso e importante documento de março de 2009⁷².

Também, de um modo geral, o meio académico não acolheu com favor esta proposta. Sem qualquer pretensão de ser exaustivo, citam-se algumas das tomadas de posição mais esclarecedoras.

Desde logo a do Prof. Gilles PAISANT, da Universidade de Savoie e reitor honorário da Faculdade de Direito e de Economia de Chambéry⁷³, o qual, depois de uma criteriosa análise crítica da proposta, sustenta:

“Ao optar por uma harmonização total cobrindo quer as trocas nacionais quer transfronteiras, a Comissão assume o risco, em nome do mercado interno e da outorga de um ‘nível elevado’ de proteção, de fazer recuar duradouramente em vários aspectos os direitos dos consumidores nacionais numa época em que a crise que alastra num mundo tornado global os fragiliza ainda mais.”

Identicamente se pronunciaram com sérias reservas em relação à proposta, entre outros, o Prof. Hans-W. MICKLITZ, do European University Institute, com um texto intitulado “*The Commission Proposal – the beginning of the end of an era?*”; Carole AUBERT DE VINCELLES, com um texto apresentado numa audição no Parlamento Europeu⁷⁴ e um artigo intitulado “*Proposition de directive du 8 octobre 2008 relative aux droits de consommateurs: Naissance d’un droit commun communautaire de la consommation*”⁷⁵.

Recordam-se finalmente as intervenções dos Profs. M. Javier LETE ACHIRICA⁷⁶, da Universidade de Compostela, Hélène DAVO, da Universidade de Montpellier, Simon WHITTAKER, da Universidade de Oxford, Gabor HAMZA, da Universidade de Budapeste, na Conferência realizada em Paris a 5 de dezembro de 2008, conceituados professores de direito civil e de direito do consumo da atualidade, que foram unânimes em considerar a proposta inaceitável.

Ao nível dos organismos oficiais consultivos da Comissão, importa destacar o *Parecer do ECCG* (European Consumer Consultative Group), adotado a 7 de setembro de 2007, de que foi relator Bob Schmitz. Pronunciando-se claramente contra a adoção do princípio da harmonização total, o referido parecer condensa as suas principais críticas nos seguintes aspectos:

- a proposta não oferece um alto nível de proteção dos consumidores, antes impõe aos estados-membros que reduzam nível de proteção já estabelecidos, em alguns casos para níveis abaixo dos que são garantidos pelas atuais diretivas, privando-os da possibilidade de os elevarem no futuro;
- apenas inclui alguns melhoramentos louváveis como o período comum de retratação de 14 dias e o regime para a transferência dos riscos;
- falha na introdução prometida de clarificação e de coerência do “acquis” e não apenas por se ter limitado somente a quatro diretivas;
- não é clara numa série de questões-chave como a da relação com a lei geral dos contratos a nível nacional e outras regulamentações relevante da UE;
- não responde adequadamente aos desafios dos mercados modernos e das novas tecnologias e ao contrário pode conduzir a uma retração dos desenvolvimentos nacionais para fazer face a estas preocupações – especialmente as que se referem ao conteúdo digital.

Por fim, das conclusões do *Parecer do CESE*⁷⁷ cumpre destacar a recomendação à Comissão no sentido de

- suprimir os parágrafos da proposta de diretiva referentes às cláusulas abusivas e às vendas e garantias de bens por abordarem aspectos que, no estado

atual do direito comunitário, não podem ser abrangidos pela harmonização plena; e

- restringir alguns aspectos da harmonização plena às vendas fora de estabelecimentos comerciais e as vendas à distância, porque são as áreas que mais afetam o comércio transfronteiriço⁷⁸.

Também o *Comité das Regiões* emitiu o seu parecer sobre a proposta, em 22 de abril de 2009⁷⁹, e de cujas conclusões se ressalta:

- a consideração de que a proposta de diretiva ainda não é adequada para aumentar a confiança dos consumidores nas transações transfronteiras;

- a oposição ao princípio da harmonização completa, pois há o risco de os estados-membros, num intuito de uniformização, terem de renunciar a determinadas regras de defesa dos consumidores; e

- o desejo de que continue a ser dada aos estados-membros a possibilidade de irem além das normas comuns estabelecidas ao nível comunitário⁸⁰.

5. A recente evolução da proposta relativa à alteração da Diretiva 1993/13/CE

Foi neste quadro de controvérsia generalizada e de acentuada contestação por parte do setor mais representativo das organizações representativas dos consumidores que a proposta iniciou a via-sacra das negociações tripartidas Conselho-Comissão-Parlamento, no âmbito do processo de codecisão.

5.1. As posições dos estados-membros ao nível do Conselho

Com o seu habitual secretismo, não é fácil aceder às posições que os estados-membros, isoladamente ou no âmbito do Conselho, tomaram relativamente a este assunto.

Ao que se sabe publicamente, pelos respectivos comunicados de imprensa, a questão foi inicialmente levada a pelo menos dois Conselhos de Ministros “Competitividade”, em dezembro de 2009 e maio de 2010⁸¹.

No primeiro comunicado de imprensa⁸² pode ler-se:

“Na sessão pública, o Conselho efetuou um debate político sobre um projecto de diretiva destinada a melhorar o funcionamento do mercado interno, garantindo simultaneamente um elevado nível de direitos dos consumidores em toda a UE, revendo e complementando quatro diretivas existentes e introduzindo novas regras relativas à entrega e à transferência de riscos.

Os resultados do debate proporcionaram uma orientação e uma base sólida para a prossecução dos trabalhos nos próximos meses.

No final do debate, a Presidência resumiu-o nos seguintes termos:

'Intervenções centradas em importantes desafios que se perfilam, incluindo:

- os consumidores e a situação dos cidadãos no mercado interno;*
- o desenvolvimento técnico e o comércio electrónico, que é por natureza, sem fronteiras;*
- a dimensão transfronteiras entre regiões, entre países vizinhos e no interior do mercado interno no seu todo; e*
- a necessidade de um equilíbrio entre os direitos dos consumidores e as obrigações dos comerciantes.*

Apesar de os pontos de partida dos Estados-Membros serem por vezes divergentes, constatamos uma necessidade de mais regras comuns, a fim de se alcançar uma política dos consumidores moderna e clara, que ofereça segurança jurídica. A Presidência Sueca tomará em linha de conta as opiniões expressas pelas delegações quando ultimar a versão revista do projeto de diretiva.

Existe um largo apoio a definições amplas de contrato à distância e de contrato celebrado fora do estabelecimento comercial, a fim de garantir que os consumidores possam dispor de informação específica e tenham o direito de retratação em mais casos do que atualmente.

Uma série de delegações exprimiu o seu apoio à existência de regras comuns sobre o direito de retratação e uma grande maioria das delegações advogou um direito de retratação dos consumidores de catorze dias tanto para os contratos à distância, como para os contratos celebrados fora do estabelecimento comercial.

Quanto às regras aplicáveis à entrega e aos produtos defeituosos, vários participantes evocaram algumas preocupações, demonstrando simultaneamente a sua vontade de abrir caminho a soluções.

Um elevado número de Estados-Membros considera que existem áreas específicas que não deverão ser cobertas por certas partes da diretiva, ou pela diretiva na sua totalidade, como sejam os contratos sobre bens imóveis ou relativos a serviços financeiros.”

As anteriores negociações revelaram que se considera necessário clarificar o texto da proposta da Comissão (14183/08), a fim de refletir corretamente certos elementos essenciais, como o âmbito de aplicação da futura diretiva, a coerência com outra legislação comunitária e a interação com o direito geral dos contratos dos Estados-Membros.

A proposta cobre o direito à informação e de retratação na compra à distância e fora do estabelecimento comercial, ao reembolso em caso de rescisão do contrato por motivo de entrega tardia e a reparação em caso de produtos defeituosos. São igualmente proibidas cláusulas contratuais abusivas. O objetivo

é enquadrar os direitos do consumidor que adquire bens e serviços por um conjunto de regras atualizado, claro e mais uniforme, a fim de contribuir para o bom funcionamento do mercado interno e de garantir um elevado nível de proteção dos consumidores.

A proposta, que exige a codecisão com o Parlamento Europeu, foi apresentada em Outubro de 2008 na sequência da revisão do acervo no domínio da proteção dos consumidores lançada em 2004.”

No segundo comunicado de imprensa⁸³ refere-se apenas:

“Na sessão pública, o Conselho efetuou um debate político sobre um projeto de diretiva destinada a melhorar o funcionamento do mercado interno, garantindo simultaneamente um elevado nível de direitos dos consumidores em toda a UE, revendo e complementando quatro diretivas existentes e introduzindo novas regras relativas à entrega e à transferência de riscos.

O resultado deste segundo debate ministerial, após o de 3 de Dezembro de 2009, dá orientações e constitui uma base sólida para continuar os trabalhos, enquanto se aguarda o parecer do Parlamento Europeu.

O debate foi estruturado com base num questionário preparado pela Presidência (9480/10).

Os ministros analisaram os principais aspectos políticos da proposta, nomeadamente no que diz respeito ao máximo de harmonização como princípio geral em que assenta a diretiva e ao nível de harmonização da informação destinados aos consumidores, ao direito de resolução e às garantias (abrangidas pelos capítulos II a IV da proposta) relativos aos contratos celebrados à distância (incluindo contratos celebrados fora do estabelecimento comercial) e aos contratos celebrados na presença dos contratantes.

Todas as delegações subscreveram o objetivo de um conjunto de regras atualizado, claro e mais uniforme relativo aos direitos dos consumidores que adquirem bens e serviços, a fim de contribuir para o bom funcionamento do mercado interno e de garantir um elevado nível de proteção dos consumidores.

A proposta da Comissão (14183/08) cobre o direito à informação e à resolução na compra à distância e fora do estabelecimento comercial, ao reembolso em caso de rescisão do contrato por motivo de entrega tardia e a reparação em caso de produtos defeituosos. São igualmente proibidas cláusulas contratuais abusivas.”

Em alguns estados-membros foram publicitadas tomadas de posição oficiais de órgãos de soberania sobre o assunto.

Lugar de destaque merece o Senado Francês que, na sua reunião de 31 de março de 2009 e no seguimento de discussões com a Comissão⁸⁴, por proposta do Senador Hubert HAENEL tomou a seguinte resolução:

“Constata que a Comissão europeia privilegia, nesta proposta, uma aproximação de harmonização completa do direito dos contratos de consumo que interditaria aos Estados-membros afastarem-se das disposições comunitárias;

Julga que o conjunto das disposições legislativas francesas garante aos consumidores franceses uma proteção eficaz que não deve ser diminuída sob o pretexto de melhorar o mercado interno de retalho e de aumentar as facilidades oferecidas às empresas que efetuam o comércio transfronteiras;

Pede ao Governo que se oponha a qualquer medida que se traduziria num recuo da proteção do consumidor francês.”⁸⁵

Por fim, e fruto já das negociações entretanto havidas com o PE e a Comissão, de que se dá conta abaixo, e conforme importante documento de trabalho preparado pelo respectivo Secretariado-Geral⁸⁶ o Conselho, a 24 de janeiro de 2011, durante a Presidência Belga, reviu a sua posição e adotou uma orientação geral que se pode resumir da seguinte forma:

- harmonização plena apenas das disposições relativas à informação dos consumidores e ao direito de retratação nos contratos de vendas à distancia e fora dos estabelecimentos entre profissionais e consumidores;

- possibilidade de os profissionais proporem aos consumidores regimes contratuais mais favoráveis;

- o novo regime substituirá exclusivamente as diretivas 85/ 577/CEE relativa aos contratos negociados fora dos estabelecimentos e 97/7/CE relativa aos contratos à distância, *não incluindo, pois a Diretiva 93/13/CEE relativa às cláusulas abusivas⁸⁷.*

5.2. Uma nova Comissão Europeia para a justiça, as liberdades e os direitos fundamentais

Entretanto, a Comissão iniciou um novo mandato e, com ele, a substituição de vários Comissários entre os quais a da Comissão Kuneva, responsável pelos consumidores, pelo Sr. Dali especificamente para as questões consumidores e a Sra. Viviane Reding, com todos os aspectos relacionados com a justiça, as liberdades e os direitos fundamentais, entre os quais foram incluídos os direitos dos consumidores e, consequentemente, a proposta de diretiva em causa.

Com efeito, desde a sua tomada de posse⁸⁸, a nova Comissão, Viviane Reding, anunciara uma aproximação diferente e mais consentânea com a opinião generalizada dos consumidores, dos académicos e de vários estados-membros.

No Dia do Consumidor Europeu, em 15 de março de 2010, em sessão pública organizada pelo CESE, a Comissão afirmou mesmo, com clareza,

que a harmonização total “já não era uma opção”⁸⁹ e logo no dia seguinte, numa sessão da Comissão IMCO do Parlamento Europeu, a instâncias da deputada Evelyne GEBHARDT (S&D/DE) mostrou-se até disposta, em caso de consenso nesse sentido entre o PE e o Conselho, a propor um novo texto sem o famoso artigo 4º que impõe a “harmonização total”.

Mostrou-se ainda receptiva à ideia de uma harmonização focalizada (“ciblée”), distinguindo as transações diretas das transações à distância, onde deveria prevalecer a máxima harmonização⁹⁰.

Estavam, assim, criadas as condições para que a discussão no Parlamento Europeu, a quem caberia a palavra decisiva, no processo de codecisão, pudesse conduzir a um desfecho mais consentâneo com as posições defendidas pelos consumidores e exigidas por uma correta interpretação do direito comunitário do consumo.

5.3. No Parlamento Europeu

No entanto, a discussão foi longe de ser pacífica, revelando-se mesmo tortuosa e não isenta de avanços e recuos⁹¹.

Após as eleições europeias o novo Relator nomeado quanto ao fundo, Andreas SCHWAB (PPE/DE), da Comissão do mercado interno e da proteção dos consumidores, apresentou um primeiro documento de trabalho a 3 de março de 2010⁹² no qual apontava já para que “a aproximação da harmonização completa proposta pela Comissão europeia, não é de fato aplicável no estádio atual” e mostrava-se antes favorável a uma “aproximação máxima e focalizada em alguns aspectos específicos de certos contratos, mantendo um nível de proteção elevado dos consumidores”⁹³.

Aliás, duas audições públicas organizadas pela Comissão IMCO com os principais “stakeholders”⁹⁴ e outras tantas com os parlamentos nacionais⁹⁵ haviam claramente demonstrado que existia um sentimento generalizado de recusa de uma harmonização total e indiscriminada em relação aos direitos dos consumidores, tal como proposto pela Comissão.

Neste seu texto exploratório, o Relator procedeu a um exame preliminar dos vários capítulos da proposta, concluindo que uma harmonização focalizada exigiria ainda muito trabalho suplementar para se chegar à identificação caso a caso das regras susceptíveis de ser harmonizadas, sendo ainda “essencial garantir um nível de coerência adequado entre a proposta, o quadro comum de referência e o ‘acquis’ comunitário restante”.

Foi o resultado desse trabalho em profundidade, embora limitado ainda aos capítulos I a III da proposta, que o Relator apresentou em 31 de maio de

2010⁹⁶, onde procedeu a uma detalhada revisão e reformulação dos primeiros 20 artigos da proposta e do seu Anexo I.

Comentando o seu texto, o Relator declarou publicamente que tinha “modificado completamente a proposta original da Comissão”, porque, para ele, “no estágio atual, a harmonização máxima dos direitos dos consumidores em todos os domínios e para todos os tipos de contratos simplesmente não é possível”.

Divergências importantes mantinham-se no entanto ainda nos Pareceres das Comissões ECON e IURI, que já sugeriam várias emendas de sentido contrário.

Este assunto foi levado à reunião da Comissão IMCO de 11 de outubro de 2010 onde foi apresentado um novo texto completo de proposta de resolução⁹⁷, que contava já 212 propostas de emenda.

A primeira leitura teve lugar na sessão plenária de 22 de novembro de 2010, onde foram apresentadas nada menos do que 1.595 emendas, de sentidos diversos e não convergentes.

Para além da questão de fundo sobre a harmonização total e o conteúdo mesmo da futura diretiva, o seu âmbito de aplicação também era objeto de polémica, nomeadamente a inclusão ou não da revisão e revogação da diretiva relativas às cláusulas abusivas. Enquanto a Comissão ECON se mostrava hesitante na sua inclusão⁹⁸, a Comissão JURI defendeu até ao fim que a sua revisão se devia operar no seio desta diretiva, embora não a sujeitando ao regime da harmonização total e sugerindo antes uma aproximação ao regime opcional previsto para os contratos de consumo em geral⁹⁹.

Foi neste contexto que o Relator iniciou o processo de codecisão, tendo conseguido apresentar um segundo documento em 22 de fevereiro de 2011, que prefigurava já a orientação final entretanto delineada também ao nível da Comissão e do Conselho¹⁰⁰.

Neste Relatório era claramente assumida “uma modificação do domínio de aplicação” da diretiva, concentrando-se exclusivamente nas vendas fora dos estabelecimentos e das vendas à distância, e *deixando cair as cláusulas abusivas e as garantias contratuais, para além de ser reassumido o princípio da harmonização mínima e de ser definido em termos limitados a aplicação de uma “harmonização completa direccionada”*¹⁰¹.

O texto da resolução aprovado pelo PE em 24 de março de 2011, com 213 alterações à proposta da Comissão¹⁰², abriu a porta ao acordo final com o Conselho.

A diretiva não se fica, no entanto, pela fiscalização repressiva da utilização de cláusulas abusivas em contratos celebrados

Foi esse acordo que acabou por ser conseguido na sessão do PE de 23 de junho de 2011¹⁰³, com a apresentação de um texto consolidado do que seria a futura diretiva, que *confirmava a exclusão em definitivo da revisão e revogação da Diretiva 93/13/CEE, relativa às cláusulas abusivas nos contratos com os consumidores*.

Ou seja, cerca de cinco anos após a apresentação da proposta inicial da Comissão, e no seguimento de uma verdadeira batalha campal em várias frentes, foi possível levar o legislador a reconhecer o erro crasso de pretender tudo regular numa única diretiva que consagrava o princípio da harmonização completa ou total e fazia tábua rasa dos mais elementares princípios de direito dos contratos comuns aos países membros e consagrados no acervo comunitário.

Foi assim sem surpresas que se assistiu à publicação da Diretiva 2011/83/EU, de 25 de outubro de 2011¹⁰⁴, *a chamada diretiva “direitos dos consumidores”*, a qual deveria ter sido transposta em todos os estados-membros até 13 de dezembro de 2013¹⁰⁵.

Voltávamos pois à estaca zero, mas com uma experiência adquirida no sentido da atenção e da vigilância que todos os representantes dos consumidores devem ter sempre em relação às iniciativas comunitárias que, de um modo insidioso, podem pôr em causa a defesa dos direitos dos consumidores, mesmo daqueles que se julgavam adquiridos e inatacáveis.

Seria, assim, tempo de pensar serenamente na revisão e no aperfeiçoamento da diretiva 93/13/CEE, em termos consentâneos com as práticas nacionais e de acordo com a evolução entretanto verificada nas práticas e técnicas do comércio e nas relações entre profissionais e consumidores em toda a Europa, *não fora a publicação da nova iniciativa da Comissão sobre o direito europeu dos contratos* (mais propriamente da lei do contrato europeu de compra e venda).

6. A proposta de regulamento da comissão sobre a lei europeia para o contrato de compra e venda

6.1. Remissão

A 11 de novembro de 2011, e depois de um larguíssimo período de consultas e de discussões com interessados da sociedade civil e académicos e no seguimento de vários textos preparatórios¹⁰⁶, a Comissão apresentou a sua *proposta de regulamento “relativo a um direito europeu comum da compra e venda”*¹⁰⁷, onde a questão das cláusulas contratuais abusivas volta a ser

reequacionada, lançando novamente discussão e a confusão, na medida em que pretende fazer entrar pela janela o que não conseguira fazer entrar pela porta.

A questão de fundo tem uma larga história e prende-se com uma das mais antigas e espinhosas aspirações dos académicos ao nível do direito europeu – a ideia da uniformização do direito civil em toda a Europa, do tipo “Código de Napoleão” dos tempos modernos, com a criação de um Código Civil Europeu ou, pelo menos, a tentativa de harmonização do direito das obrigações em geral e dos contratos em particular, uniforme e comum a todos os estados-membros da UE de que se deu larga e pormenorizada conta em artigo publicado na Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, para o qual se remete¹⁰⁸.

De reter apenas que do texto da proposta de lei-quadro optativa para o contrato europeu de compra e venda constam duas partes que diretamente se relacionam com o tema do regime das cláusulas contratuais abusivas e que merecem, por isso, uma enunciação detalhada.

São em especial as partes relativas a

– «Avaliação do conteúdo do contrato», que estabelece normas gerais sobre a interpretação das cláusulas contratuais em caso de dúvida. Contém também normas sobre o conteúdo e os efeitos dos contratos, bem como sobre as cláusulas contratuais que podem ser consideradas abusivas e, consequentemente, inválidas (*Parte III*) e

– «Restituição», que enuncia as normas aplicáveis sobre o que deve ser restituído na sequência da anulação ou da resolução do contrato (*Parte VII*).

6.2. As cláusulas abusivas na nova proposta de regulamento sobre o direito europeu comum da compra e venda

Nos arts. 58 a 86 e 172 a 177 do mencionado Anexo ao Regulamento que aprova este modelo opcional de lei de enquadramento do contrato europeu de compra e venda, a Comissão retoma a questão das cláusulas contratuais gerais e do seu caráter abusivo e das suas consequências.

Pela sua importância transcrevem-se em nota as disposições a elas consagradas na proposta da Comissão¹⁰⁹.

Na sua exposição de motivos a Comissão não deu qualquer explicação específica para as propostas que enuncia nesta matéria e que justifiquem as opções legislativas tomadas.

6.3. A leitura do Parlamento Europeu

Coube em primeira linha ao Parlamento Europeu e aos seus Relatores da Comissão dos Assuntos Jurídicos Klaus-Heiner Lehne e Luigi Berlinguer e Correlatores de parecer Evelyn Gebhardt e Hans-Peter Mayer, Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores, tomar e defender uma posição crítica relativamente a estas propostas e que substanciaram nas propostas de alteração que igualmente se transcrevem em nota de rodapé, pela sua importância¹¹⁰.

Na sua exposição de motivos os Relatores e Correlatores do Parlamento Europeu, nesta matéria específica, justificam de um modo geral as alterações propostas com base numa melhor definição do conceito fundamental da boa-fé.

É o seguinte o teor do seu texto justificativo:

5. Boa-fé contratual

Os relatores consideram que o princípio da boa-fé contratual constitui um instrumento importante para encontrar soluções equitativas caso a caso. Porém, examinaram cuidadosamente as preocupações suscitadas, incluindo, de forma não exclusiva, a perspectiva do direito consuetudinário, em que este princípio não é conhecido. Propõem, portanto, alterações e clarificações da definição (ver alteração ao artigo 2º-B) e à expressão do princípio geral enquanto tal (ver alteração ao artigo 2º do Anexo). A definição inicialmente proposta foi interpretada no sentido de evitar que as partes entrem em negociações aguerridas, o que suscita preocupações, nomeadamente no caso dos contratos B2B. A fim de clarificar que tal não é intenção, a redação proposta estipula que nenhuma das partes deve abusar dos seus direitos, o que deve estar no espírito da “boa-fé contratual”. A alteração também é relevante para o artigo 86º sobre cláusulas contratuais abusivas em contratos entre empresas e deverá mitigar a preocupação de que as partes não possam seguir os seus próprios interesses ao negociarem. Além disso, os relatores consideram que o princípio da boa-fé contratual no contexto do DECV deve limitar-se a ter uma função de “escudo” de proteção desse princípio, isto é, impedindo uma parte em falta de exercer ou alegar um direito, recurso ou meio de defesa, devendo a função de “espada”, ou seja, o direito a indenização, ser suprimida.

A propósito de cada uma das alterações propostas são evidentes outras motivações mais detalhadas, que constam das diversas propostas de alteração transcritas na nota de rodapé e que importará ter em consideração numa análise detalhada se a proposta da Comissão nesta matéria vier a vingar, o que, no estágio atual, se afigura bastante improvável, dadas as posições de vários estados-membros em relação ao conjunto da referida proposta.

6.4. A posição do CESE

No seu parecer, já citado antes¹¹¹, sobre esta proposta de regulamento, o CESE salientou, ainda que de forma sintética, em especial os seguintes aspectos, a merecer também adequada reflexão, na devida oportunidade:

- artigo 79º, n. 1 (a natureza do vício que conduz ao efeito «não vinculativo» não é definida),

- artigo 79º, n. 2 (a diretiva não estabelece a distinção entre elementos essenciais e não essenciais de um contrato),

- artigo 82º [a diretiva é omissa quanto às regras relativas à comunicação de cláusulas, às obrigações de informação e às regras que devem ser automaticamente excluídas dos contratos independentemente do seu conteúdo, pelo fato de serem contra as regras de «bona fidei» (boa-fé)],

- artigo 84º (a lista «negra» das cláusulas abusivas é demasiado curta e não está em conformidade com a legislação nacional mais avançada),

- artigo 85º [o mesmo é válido para a lista de cláusulas consideradas abusivas (a chamada «lista cinzenta»)],

- artigo 99º, n. 3 (disposição completamente inaceitável).

Um aspecto particular de enorme relevância para uma eficaz aplicação do novo regime mereceu uma particular atenção do CESE e uma viva recomendação. Trata-se da imprescindibilidade de fazer acompanhar a publicação do regulamento de um modelo europeu de cláusulas contratuais que:

- esteja disponível em simultâneo com a publicação e a entrada em vigor do novo regime do direito europeu comum da compra e venda,

- seja especializado em determinados domínios de comércio ou setores de atividade,

- preveja cláusulas e condições normalizadas abrangentes, que valorizem o acervo, a fim de assegurar um elevado nível de defesa do consumidor nos contratos celebrados entre empresas e consumidores e a liberdade contratual nos contratos celebrados entre empresas, bem como a aplicação plena do «Small Business Act»;

- esteja disponível em todas as línguas oficiais,

- seja monitorizado e analisado regularmente com o intuito de melhorar o seu conteúdo, com base nas boas práticas, bem como na doutrina e prática judiciais.

Na elaboração deste modelo europeu de contrato de compra e venda, ao CESE afigurava-se indispensável a participação e cooperação das organizações de PME e de consumidores, bem como dos restantes stakeholders em geral.

7. Conclusão

De tudo o que se deixou enunciado resulta que a regulação comunitária das cláusulas contratuais abusivas se continua a reger pela Diretiva 93/13/CEE e pelas normas nacionais que a transpuseram, e figuram no Anexo.

As tentativas, aliás desastradas e malconcebidas, para alterar fora do quadro normal da sua revisão, que se impõe, foram malsucedidas e felizmente não procederam.

Mas, quer no quadro, improvável, da adoção do regulamento relativo a um direito europeu comum da compra e venda, quer no de uma futura revisão “normal” da referida Diretiva, a orientação atual da Comissão não é de molde a assegurar um progresso no sentido de uma melhor proteção dos consumidores, antes se inscreve numa tendência generalizada de diminuir os seus direitos.

Daí a necessidade de uma vigilância particular, nesse sentido, por parte dos interessados, antes de mais os consumidores e as associações e organizações representativas dos seus interesses, mas também dos cidadãos em geral e em especial do Parlamento Europeu e do CESE no âmbito dos seus poderes e esferas de ação respectivos.

O Anexo “Instrumentos de Transposição da Directiva nos Estados-Membros, Conforme Informação Colhida no site do EUR-LEX sob a menção 31993l0013” encontra-se à disposição no site www.direitodoconsumo.com.

Notas

¹ In JO L 95 de 21 de abril de 1993, p. 29.

² “*Das condições gerais dos contratos e das cláusulas abusivas na união europeia*”, apresentado no Congresso Internacional de Direito do Consumo, no Porto, 25/26 novembro 2011, promovido pela APDC sob a epígrafe “*Das condições gerais dos contratos e das cláusulas abusivas nas bodas de prata da lei*”.

³ A primeira referência à necessidade de uma iniciativa comunitária neste domínio consta do Primeiro Programa comunitário para uma política dos consumidores, adotado por Resolução do Conselho de 14.04.1975 (JO C 92 de 24.04.75). Repetida nos sucessivos Programas, é só cerca de 10 anos depois que a Comissão apresenta a sua Comunicação sobre as cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (COM (84) 55 final, de 14.02.1984, publicado no Suplemento 1/84 do Boletim das Comunidades Europeias) e lança uma consulta pública relativamente a esta matéria. No entanto, é só a 27 de julho de 1990 que a Comissão apresenta formalmente a sua proposta de diretiva (COM (90) 322 final, in JO C 243 de 28.09.90).

⁴ Resolução (76) 47 adotada pelo Comité dos Ministros do Conselho da Europa a 16 de novembro de 1976.

⁵ No seu célebre “*De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*” Paris, 1901. A expressão foi consagrada nos países de tradição latina e traduzida nos sistemas

da “common law” por “standard form contracts”. Sobre o regime anglo-saxónico ver, designadamente, “*Unfair Terms in Consumer Agreements*” de Nicholas LOCKET e Manus EGAN, Chancery Law Publishing Ltd, Chichester, 1995 e “*Commercial & Consumer Law*”, Graham STEPHENSON e Peter CLARK, Blakstone Press Ltd., 4ª ed. 1998, cap 5 “Unfair contract terms”, p. 78 e sgs.

⁶ Especificamente sobre a relação entre contratos de adesão e cláusulas abusivas, ver J. GHESTIN e I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, “*Les contrats d’adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européen*”, in “*La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*”, L.G.D.J. coll. Bibliothèque de droit privé, tomo 261, 1996, p. 1 e sgs.

⁷ Com a sua célebre lei para a Regulamentação do Regime das Condições Gerais dos Contratos, aprovada pela Dieta Federal a 9 de dezembro de 1976, a chamada AGB-Gesetz. No entanto, as primeiras providências legislativas conhecidas nesta área datam de 1933 na Polónia e do Código Civil Italiano de 1942 (em NEUMAYER “*Contracting Subject to Standard Terms and Conditions*”, cap. 12, 1999, p. 20, nota 122). Em França, a Lei 78/23, de proteção dos consumidores contra as cláusulas abusivas (a chamada Lei Scrivener), vigente à data da entrada em vigor da diretiva, datava de 10 de janeiro de 1978.

⁸ Eram, à data, apenas nove os estados-membros que já possuíam legislação sobre esta matéria – Reino Unido, França, Alemanha, Holanda, Espanha, Portugal, Irlanda, Dinamarca e Luxemburgo.

⁹ Entre nós, cumpre destacar, entre tantos, “*Cláusulas Contratuais Gerais*”, Profs. Mario Júlio ALMEIDA COSTA e António MENEZES CORDEIRO, Almedina, Coimbra, 1991; “*Das Condições Gerais dos Contratos e da Directiva Europeia sobre as Cláusulas Abusivas*”, Prof. Inocêncio GALVÃO TELLES, in RPDC, n. 2, abril de 1995, p. 7; “*Âmbito de Aplicação da Lei das Condições Gerais dos Contratos*” Prof. Mário FROTA id, p. 22; “*Nótula sobre o Regime das Cláusulas Contratuais Gerais*”, Mário Júlio ALMEIDA COSTA, ed. Universidade Católica, Lisboa 1997; “*O Problema do Contrato*”, Joaquim de SOUSA RIBEIRO, Almedina, Coimbra, 1999; “*Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*”, Prof. Almeno DE SÁ, Almedina, Coimbra, 1ª ed 1999, 2ª ed. 2001; do Prof. Carlos FERREIRA DE ALMEIDA merecem citação o ponto 27 do seu livro “*Os direitos dos consumidores*”, Almedina, Coimbra 1982, p. 95 e sgs., anterior ao Decreto Lei 465/85, o n. 8 do seu tomo “*Contratos I*”, Almedina Coimbra 2000, p. 113 e sgs e o n. IV do nº 9 do seu mais recente livro “*Direito do Consumo*”, Almedina, Coimbra, 2005, p. 125 e sgs., pelo que revela de evolução do seu pensamento nesta matéria. O ora autor também opinou sobre este tema em artigo publicado na RPDC, n. 13, de março de 1998, p. 20 e sgs., sob o título “As condições gerais dos contratos”.

¹⁰ Um grande evento organizado pelo Prof. Mário Frota, na Universidade de Coimbra, em maio de 1988, com um número verdadeiramente recorde de cerca de 700 participantes, marcou uma etapa decisiva na elaboração conceptual da teoria das cláusulas contratuais gerais – tratou-se do 1º Congresso Europeu sob o lema “Condições Gerais dos Contratos”, onde participaram, para além dos representantes dos interesses dos profissionais e dos consumidores, de entidades oficiais e de numerosos docentes universitários, alguns dos mais reputados e eminentes académicos e juristas europeus à altura, de que se destacam os Profs. Ewoud HONDIUS, do Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, da Holanda, Zentaro ZITAGAWA, da Universidade de Kyoto, Japão, Geoffrey WOODROFFE, da Universidade Brunel, Londres, W.C.H. ERVINE da Universidade de Dundee, Escócia, Ulf BERNITZ da Universidade de Estocolmo, Suecia, Wolfgang SCHUMACHER, da Universidade de Salzburg, Austria, Hans MICKLITZ, da Alemanha, Thierry BOURGOIGNIE, da Universidade de Louvain-la-Neuve, Bélgica, Jean CALAIS-AULOY, da França, Guido ALPA, de Itália, Gabriela SHALEV, de

Israel, Manuel-Angel LOPEZ SANCHEZ, de Espanha, Françoise LEBEAU do Quebec, Canadá, e onde o ora Autor, ao tempo parlamentar europeu e membro da Comissão Jurídica do PE, teve oportunidade de dar conta da posição do Parlamento Europeu sobre a proposta de diretiva (ver a compilação de uma parte significativa das intervenções no Suplemento de 1998 da *Revista Portuguesa de Direito do Consumo* – RPDC).

¹¹ Anterior artigo 100 do Tratado de Roma.

¹² Sobre o que foi a génese conturbada desta diretiva, ver, do autor, o artigo publicado na RPDC nº 13 de março de 1998, p. 20 e sgs., sob o título *“As condições gerais dos contratos”*.

¹³ Resolução do PE de 21 de fevereiro de 1986, em cuja elaboração o autor teve ocasião de participar diretamente como membro que era, à altura, da Comissão Jurídica do Parlamento Europeu, presidida por essa eminente figura de jurista e humanista que era a francesa Sra. VAYSSADE e cujo Relatório foi da autoria de um grande jurista alemão, Geoffrey HOON (Doc. A 2-194/85 de 13 de janeiro de 1986, PE 100.931/fin).

¹⁴ Parecer CES 568/91 (AMB/289C) de 24 de abril de 1991 – Relator G. HILKENS.

¹⁵ A Espanha, designadamente, apenas transpôs a diretiva em maio de 1998, ou seja, cerca de 4 anos após o termo do prazo.

¹⁶ De que a Comissão deu conta no seu Relatório sobre a Aplicação da Diretiva 93/13/CE de 05.05.1993 (COM (2000) 248 final de 27/04/2000); Portugal foi um dos estados-membros objeto de Parecer Fundamentado da Comissão relativo à transposição incorreta da Diretiva 93/13/CEE pelo Decreto-Lei 220/95 de 31 de janeiro (Doc. C (1998) 4204 final de 04.02.1999), no tempo da Comissária Emma BONINO, e que veio a dar origem ao Decreto-Lei 249/99 de 7 de julho. Interessante, pelo seu conteúdo doutrinário, é o “apontamento” que os Profs. Mário Júlio ALMEIDA COSTA, António MENEZES CORDEIRO e José Eduardo TAVARES DE SOUSA, elaboraram, à atenção do Governo, sobre as observações da Comissão Europeia, datado de 5 de junho de 1998, mas que não convenceram a Comissão.

¹⁷ Sobre este tema ver “Unfair terms in consumer contracts regulations 1994” de Brian St. J. COLLINS e “Les Clauses abusives. La loi française conforme à la directive européenne”, de Marie-Odile THIRY-DUARTE, in RPDC nº 4, outubro 1995, p. 281 e sgs. Essa, aliás, a razão da resistência à transposição em vários países, como foi claramente o ocorrido em França, onde, contra o parecer fundamentado da Comissão, foi mantido o âmbito alargado de aplicação do artigo 35 da Lei 78/23, transformado no artigo L 132-1 do Code de la Consommation (Cf. “Droit de la consommation”, Yvan AUGUET, Ed. Ellipses, 2009).

¹⁸ O seu artigo 8º dispunha, com efeito: *“Os Estados-membros podem adoptar ou manter, no domínio regido pela presente diretiva, disposições mais rigorosas, compatíveis com o Tratado, para garantir um nível de proteção mais elevado para o consumidor.”*

¹⁹ Ver o Relatório de Aplicação da Diretiva 93/13/CE (COM (2000) 248 final de 27.04.2000) onde ainda se pode ler: *“Do ponto de vista económico, tal pode dar lugar a resultados extremamente perniciosos. O bom funcionamento da economia pressupõe a melhor disponibilização dos recursos possível, o que só poderá verificar-se se houver concorrência suficiente no mercado e se as relações entre os agentes económicos forem equilibradas. Em termos económicos, um risco deve ser assumido por aquele que se encontre nas melhores condições para poder controlar esse risco ou garantir-se contra ele; uma obrigação deve ser assumida por aquele que esteja nas melhores condições para a assumir.”*

Para concluir: *“As cláusulas contratuais abusivas deslocam o encargo relativo a estes riscos e estas obrigações, externalizando os custos respectivos, de onde decorrem duas consequências principais: a primeira é de que os preços dos produtos e serviços não refletem os custos verdadeiros, o que provoca distorções da concorrência em favor das empresas menos eficientes e dos produtos e serviços de menor qualidade; a segunda é de que os custos suportados pela coletividade são superiores, porque os riscos e obrigações são colocados a cargo de pessoas diferentes daquelas poderiam suportá-los da forma economicamente mais eficiente”* (p. 14).

²⁰ É, no entanto, certo, que vários Estados-membros, que já possuíam legislação anterior nesta matéria, como a Alemanha, a Holanda e Portugal, e mesmo a Espanha, posteriormente, decidiram, na sua transposição, aplicar o regime da diretiva a todos os contratos, submetendo ao seu controle todas as cláusulas gerais, quer os contratos sejam celebrados entre um profissional e um consumidor ou entre profissionais entre si, embora não obrigatoriamente com o mesmo conteúdo. Por outro lado, dado que em certos estados-membros, como o Reino Unido, a Irlanda, a Bélgica ou a Itália, a noção de contrato de consumo se limitava à venda de bens ou à prestação de serviços, foi necessário, por via legal ou jurisprudencial, vir à interpretação correta da diretiva no sentido de que *todos os tipos de contrato* celebrados com um consumidor estão abrangidos, como a prestação de cauções ou a venda de um bem por um consumidor a um profissional para revenda.

²¹ Sobre a noção de consumidor no direito comunitário em geral existe uma bibliografia tão larga como o número de autores que têm escrito sobre direito do consumo... Mais importante será referir a sua interpretação no domínio específico desta diretiva e, em especial, a posição assumida pelo Tribunal de Justiça. Para esse efeito, ver os Acórdãos Oceano de 27.06.2000 (Casos C-240/98 a C-244/98), Cape Snc. e Idealservice SRL, de 22.11.2001 (Casos C-541/99 e C-542/99), Comissão c/ Suécia de 07.05.2002 (Caso C-478/99), Cofidis de 21.11.2002 (Caso C- 473/2000), Freiburger Kommunalbauten GmbH de 01.05.2004 (Caso C- 237/2002), Comissão c/ Espanha de 09.09.2004 (Caso C-70/2003), Mostaza Claro de 26-10.2006 (Caso C-168/05), Pannon GSM Zrt., de 04.06.2009 (Caso C-243/08) e o ainda mais recente Asturcom Telecomunicaciones SL c/ Cristina Rodríguez Nogueira de 06.10.2009 (Caso C-40/08).

²² No entanto, no caso do controle preventivo da utilização de *“cláusulas contratuais, redigidas com vista a uma utilização generalizada”*, a diretiva prevê que as respectivas ações possam ser intentadas não só contra os profissionais, mas também contra as *“associações que utilizem ou recomendem a utilização das mesmas cláusulas gerais ou cláusulas semelhantes”* (artigo 7º, nº 2 e 3).

²³ Recorde-se, no entanto, que vários estados-membros como a Bélgica, a França, os países nórdicos e em certa medida a Holanda e a Áustria estenderam a aplicação da diretiva também às cláusulas negociadas individualmente; ao contrário, certos países, como a Alemanha e Portugal, entenderam limitar a sua aplicação aos contratos de adesão, o que foi considerado uma transposição errada da diretiva, que levou à alteração das leis nacionais de transposição, no caso de Portugal no seguimento do processo por infração aberto pela Comissão.

²⁴ Vários estados-membros, como a Áustria, a Bélgica, a Dinamarca, a Finlândia, a Grécia, a França, a Holanda e a Suécia não consideraram conveniente introduzir esta limitação: por outro lado, foi, entre nós, muito discutido, na jurisprudência, o alcance da noção de disposições regulamentares imperativas, designadamente saber se certas apólices de seguro ou certos contratos tipo de utilização de cartões de crédito, que eram aprovados por entidades estatais de supervisão, estariam abrangidos pela exclusão.

²⁵ Uma grande parte dos estados-membros, como a Dinamarca, a Grécia, a Espanha, o Luxemburgo, Portugal, a Finlândia e a Suécia, não transpuseram esta limitação considerando que as cláusulas relativas ao preço e ao objeto do contrato podem ser controladas da mesma maneira que as restantes; ao contrário, a França não transpôs a condição da clareza e da compreensibilidade, o que a Comissão considerou tratar-se de uma transposição incorreta da diretiva, por significar que a diretiva nunca seria aplicada àquelas cláusulas.

²⁶ Artigo 5º do TCE.

²⁷ É a noção que se colhe quer no Acórdão Oceano (Casos C-240 a 244/98) do Tribunal de Justiça de 27 de junho de 2000, parágrafo 25, quer, de forma ainda mais explícita, nas alegações do advogado Geral António SAGGIO, no mesmo processo, onde se pode ler: “*o sistema de proteção garantido pelas disposições da diretiva parte do princípio geral segundo o qual, nos contratos celebrados com um profissional, o consumidor deve ser considerado como a ‘parte fraca’ que necessita de uma proteção especial.*”

²⁸ Ver no final em anexo a lista dos instrumentos de transposição da diretiva nos estados-membros, conforme informação colhida no site do EUR-Lex sob a menção 31993L0013.

²⁹ Como Portugal, que manteve a sua definição circunscrita ao critério da boa-fé (artigo 15º do Dec.Lei 220/95 de 31 de janeiro).

³⁰ Como a Bélgica, a Grécia, a França e o Luxemburgo.

³¹ Como o Luxemburgo.

³² Como a Espanha, a Irlanda, a Itália e o Reino Unido.

³³ A principal dificuldade ocorreu no Reino Unido, onde, como é sabido, no sistema da “common law” a noção de “good faith” não existe no domínio dos contratos, sendo antes prevalente a noção de “fairness”, esta, por seu turno, intraduzível nos sistemas de direito continental. Sobre este tema, ver Robert BRADGATE, do Institute for Commercial Law Studies da Universidade de Sheffield, in “The ‘Unfair Terms’ Directive Five Years On”, (1-3/07/1999), p. 55.

³⁴ Em Portugal ver, por todos, designadamente os Acórdãos do STJ de 27 de abril de 1999 (MP c/ AGFA e KODAK, in Bol. Interesses Difusos, 19/20) e de 11 de março de 2003 (Proc. 890/02) onde se pode ler “*É a ideia básica do consumidor como parte fraca, leiga, profana, a parte débil economicamente ou a menos preparada tecnicamente de uma relação de consumo concluída com um contraente profissional, uma empresa.*”

³⁵ Tido como uma pessoa incapaz de compreender a lei que normalmente não conhece nem é capaz de compreender, pelo que necessita de uma especial ajuda sob a forma de uma informação simples e clara dos seus direitos. Sobre este conceito, em contraposição com a noção de “consumidor médio” ver, designadamente, “*The Notion of the Empowered and Informed Consumer in Consumer Policy and How to protect the Vulnerable under such a Regime*” de Jules STUYCK (in “The Yearbook of Consumer Law 2007”, ed. Geraint HIOVELLS, ASHGATE, p. 167) e “*The Informed Consumer v/ the Vulnerable Consumer in European Unfair Commercial Practices Law – A Comment*” de Thomas WILHELMSSON (id., p. 211).

³⁶ Ver os Acórdãos do Tribunal de Justiça GB-INNO-BM, de 7 de março de 1990 (Caso C-362/88), PALL, de 13 de Dezembro de 1990 (Caso-238/89), YVES ROCHER, de 18 de maio de 1993 (Caso – 126/91), VERBRAND SOZIALER WETTBEWERB (Caso C-315/92), GUT SPRINGENHEIDE GmbH, de 16 de julho de 1998 (Caso C-210/96), LANGGUTH, de 29 de junho de 1995 (Caso-315/92), e MARS, de 6 de julho de 1995 (Caso C-470/93); é, no entanto, importante

referir que nesta jurisprudência se ressalva expressamente que compete “ao órgão jurisdicional verificar face às circunstâncias do caso concreto e atendendo aos consumidores a que se dirigia, se tal publicidade ... podia assumir uma natureza enganosa” (Caso C-210/96, para 34).

³⁷ Ver o artigo do autor sobre “A ‘Lealdade’ no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (Análise Crítica da Diretiva 2005/29/CE)” dez. 2005, in *RPDC*, 44, p. 12.

³⁸ Artigos 14º e 15º do Dec. Lei 220/95.

³⁹ Não foi esse o entendimento da Comissão, que moveu processo por infração contra a Suécia, o qual, no entanto, não logrou convencer o Tribunal de Justiça, que decidiu que, em certas circunstâncias, a falta de transposição da lista não deve ser considerada violação à diretiva (Acórdão Comissão c/ Suécia de 7 de maio de 2002 (Caso C-478/99)).

⁴⁰ Cf. os Acórdãos Oceano Grupo Editorial e Salvat Editores c/ Rocio Murciano Quintero, de 27 de junho de 2000 (Casos C-240/98 a C-244/98), Mostaza Claro c/ Centr Movil Milenium SL, de 26 de outubro de 2006 (Caso C-168/05), mesmo se se tratar de decisão arbitral, e mais recentemente Panon GSM Zrt c/ Erzsébet Sustikné Györfi, de 4 de junho de 2009 (Caso C-243/08), e Asturcom Telecomunicaciones SL c/ Cristina Rodríguez Nogueira, de 06.10.2009 (Caso C-40/08).

⁴¹ Cf. os artigos 660º, n. 2, e 668º, n. 1, al. d), do nosso Código de Processo Civil, que, no entanto, os nossos juízes se têm mostrado muito renitentes em aplicar.

⁴² Na maioria dos casos os tribunais ordinários; mas em alguns países tribunais especiais, como o “High Court” para a Irlanda e o Reino Unido e o Market Court nos países nórdicos, este como tribunal único para todo o território nacional.

⁴³ Em Portugal, o art. 35º do Decreto-Lei 220/95, de 31 de janeiro, apesar de na prática tal registo, se ainda existir, não ser nem conhecido nem utilizado.

⁴⁴ Com isto abrindo a porta à admissibilidade, no âmbito do direito processual civil comunitário, da ação inibitória, que seria consagrada pela Diretiva 98/27/CE, de 19 de maio de 1998 (JO L 166 de 11.06.1999), sempre se tendo esperado que posteriores desenvolvimentos a nível comunitário conduzissem a uma ação de grupo de caráter indenizatório a nível da União Europeia. Infelizmente não foi o que sucedeu, com a recente publicação da Recomendação da Comissão de 11 de junho de 2013 sobre os “Princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela colectiva inibitórios e indemnizatórios dos Estados membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da União” (in JO L 201/60 de 26.07.2013), acompanhada de uma Comunicação da Comissão intitulada “Rumo a um quadro jurídico horizontal europeu para a tutela coletiva” (COM (2013) 401 final de 11.06.2013 final), relativamente às quais o CESE tomou uma vigorosa posição contra a natureza da opção tomada e o seu teor (CESE 5439/2013, INT/708 de 10.12.2013, Rel. Von FURSTENWERTH).

⁴⁵ E aqui também o Instituto do Consumidor e, após a sua recente extinção, a Direção Geral do Consumidor, que lhe sucedeu, embora a sua natureza de mero serviço público, sem personalidade jurídica nem autonomia, suscite alguma perplexidade quanto à sua capacidade judiciária para, por si, intentar ações judiciais, o que, aliás, se julga que nunca aconteceu, mesmo enquanto Instituto do Consumidor.

⁴⁶ Conceito bem definido nas normas de DIP aplicáveis e designadamente no Regulamento CE 44/2001, de 22 de dezembro de 2000, que substituiu a Convenção de Bruxelas.

⁴⁷ Transposição que não foi considerada incorreta pela Comissão foi a do artigo 23º do nosso Decreto-Lei 220/95, de 31 de janeiro.

⁴⁸ Ver os instrumentos de transposição da diretiva nos estados-membros, conforme informação colhida no site do EUR-Lex sob a menção 31993L0013, no anexo ao presente artigo.

⁴⁹ Doc. COM (2000) 248 final, de 27/04/2000.

⁵⁰ Através de um número de telefone “verde” – é importante recordar que à data ainda não se tinha divulgado a utilização da internet.

⁵¹ À época em representação da Associação de Defesa dos Consumidores, DECO.

⁵² Do que foi essa conferência dá conta o mencionado relatório da Comissão, nos seguintes e bem expressivos termos: *“Participaram cerca de 300 delegados, o que permitiu reunir em Bruxelas não só um grande número dos melhores especialistas da matéria na Europa, mas ainda de representantes dos Estados-Membros, dos consumidores e dos diferentes setores económicos, tendo, ainda podido estar amplamente representados os países candidatos à adesão. Após um conjunto de apresentações relativas às experiências nacionais bem como à base CLAB e das discussões animadas que a seguir tiveram lugar, foram debatidos em grupos de trabalho seis temas específicos:*

– âmbito de aplicação da diretiva (as cláusulas não negociadas nos contratos concluídos com os consumidores),

– a aplicação da diretiva às prestações de serviço público,

– a aplicação da diretiva aos serviços financeiros e às novas tecnologias,

– a definição do carácter abusivo,

– a obrigação de clareza e interpretação favorável ao consumidor e

– mecanismo de controlo das cláusulas abusivas.”

As conclusões destes grupos de trabalho, elaboradas por um ilustre jurista português, o Dr. Mário TENREIRO, à altura Chefe da Unidade C2 da DG SANCO, e grande impulsionador da revisão desta diretiva, foram depois debatidas em sessão plenária. Deverá ainda recordar-se que o Relatório da aplicação prática da diretiva em Portugal foi da autoria da Dr^a. Maria Cristina PORTUGAL.

As atas da conferência, em versão multilíngue, podem ser consultadas no sítio Internet da Comissão (http://europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/index_fr.htm), tendo sido posteriormente publicadas em papel, sob o título *“The Unfair Terms Directive Five Years On; Evaluation and future perspectives”* EC, 2000.

⁵³ Doc. COM (2008) 614 final, de 08.10.2008. Aliás, um reparo que não pode deixar de se fazer imediatamente é o relativo à manifesta diferença no modo de aproximação à presente iniciativa de modificação da diretiva, aparentemente concertada mais ou menos secretamente entre “juristas” e até sem levar em conta as principais conclusões dos estudos encomendados, mas claramente sem qualquer discussão pública prévia com os interessados da sociedade civil e mesmo com os governos dos estados-membros.

⁵⁴ Recordam-se nomes como os dos académicos Thomas WILHELMSSON da Universidade de Helsinkia, Robert BRADGATE, da Universidade de Sheffield, de Guido ALPA, da Faculdade de Direito de Roma, Thierry BOURGOIGNY, da Universidade de Louvain-la-Neuve, Vincenzo ROPPO, da Universidade de Génova, Hans MICLITZ, da Universidade de Berlim, Jean-Calais AULOY, da Faculdade de Montpellier I, Norbert REICH, da Universidade de BREMEN e, da nossa Universidade de Coimbra, o professor António PINTO MONTEIRO.

⁵⁵ Os casos da Dinamarca, da Finlândia, da França, da Suécia e até certo ponto da Áustria e da Holanda. Aliás, no seu Relatório, a Comissão revela *“conhecimento de novas práticas efetuadas por*

algumas empresas destinadas a contornar a aplicação das disposições nacionais que transpõem a diretiva 93/13/CEE. Estas práticas consistem, por vezes, em incluir cláusulas em contratos relativamente aos quais o consumidor declara ter negociado e ter aceite expressamente as cláusulas contratuais gerais, conduzindo, por vezes, à utilização de contratos que parecem ser feitos à medida do consumidor por serem totalmente produzidos por computador, casuisticamente, não existindo em versão pré-impressa.”

⁵⁶ Os casos da Dinamarca, da Espanha, da Finlândia, do Luxemburgo, de Portugal, da Suécia e da Grécia.

⁵⁷ O exemplo paradigmático citado pela Comissão foi o dos seguros: como determinar se a exclusão de determinado risco da cobertura do seguro é uma cláusula relativa ao objeto do contrato – e, por conseguinte excluído do controlo – ou se se trata de uma cláusula de exclusão de responsabilidade submetida à diretiva?

⁵⁸ Acórdão de 19 de setembro de 1996, Caso C-236/95, Comissão c/ Grécia, considerando 13.

⁵⁹ Acórdão de 7 de maio de 2002, Caso C-478/99, Comissão c/ Suécia apoiada pela Dinamarca e pela Finlândia.

⁶⁰ Apesar de a alínea i) da lista anexa dispor que uma cláusula pode ser declarada abusiva se tem por objeto *“declarar verificada, de forma irrefragável, a adesão do consumidor a cláusulas que este não teve efetivamente oportunidade de conhecer antes da celebração do contrato”*, o que não é a mesma coisa.

⁶¹ No entanto, de acordo com uma posição já defendida pela jurisprudência, a ausência de clareza numa cláusula contratual pode ser declarada ilícita, como decidido em sentença de 20 de setembro de 1989, proferida pelo *Tribunal de grande instance de Créteil* na sequência de um pedido das associações de consumidores no sentido de ser suprimida, por falta de clareza, a cláusula relativa a um contrato de empréstimo, que previa, sem outras indicações, a obrigação de o adquirente constituir o seu processo no “prazo fixado” com o objetivo de o pedido de empréstimo ter uma resposta positiva.

⁶² Por exemplo, um contrato de mútuo acessório de um contrato de compra e venda celebrado com um consumidor.

⁶³ Como foi o caso, em Portugal, com várias decisões judiciais negando a possibilidade de este tipo de ações ser precedido de um procedimento cautelar, até ter sido possível obter o aditamento do artigo 28º A do Código de Processo Civil, pelo Decreto-Lei 180/96, de 25 de setembro, e, mesmo depois disso, colocando dificuldades várias na sua utilização (Ver as ações DECO c/ Banco Mello, Finibanco e BCI – Trib. Porto, Sentença de 6 de julho de 1998, Proc. 511/98; DECO c/ Banco Exterior de Espanha, Banco Comercial dos Açores e UNICRE – Trib. Lisboa, Sentença de 2 de dezembro de 2003, Proc. 428/98; Acórdão da Relação de Lisboa de 7 de agosto de 1998, Proc. 6127/98).

⁶⁴ A propósito, o Relatório da Comissão dá conta: *“Na fase da negociação individual, o caso do Reino Unido é particularmente relevante na medida em que o Office of Fair Trading foi chamado a desempenhar um papel essencial na erradicação das cláusulas abusivas. Com efeito, a partir do momento em que lhe é apresentada uma queixa sobre a eventual existência de uma cláusula considerada abusiva, este organismo inicia directamente discussões e negociações com a finalidade de persuadir o profissional a introduzir as alterações necessárias à cláusula em questão.*

Na fase da negociação coletiva, alguns sistemas nacionais desenvolveram um controlo a priori das condições contratuais. Este controlo é exercido a partir da redação das condições contratuais, no momento da celebração dos acordos coletivos. As condições gerais dos contratos de adesão são redigidas através de

negociação entre, por um lado, as associações de consumidores (o caso dos Países Baixos é paradigmático a este respeito) ou as instâncias que possuem um interesse legítimo em proteger os consumidores (como o Ombudsman dos consumidores dos países nórdicos) e, por outro, os profissionais ou as associações de profissionais.

Os resultados variam nos Estados-Membros que incentivaram este tipo de acordos coletivos. Por exemplo, embora na França a eficácia de tais acordos tenha sido limitada (nomeadamente pelo fato dos seus efeitos terem sido limitados às organizações signatárias e só serem aplicáveis no plano local), na Suécia a experiência demonstrou que na sequência das negociações, em setores específicos, o número de decisões proferidas pelos tribunais em matéria de controlo das cláusulas abusivas tinha significativamente diminuído. Também nos Países Baixos, foram concluídos verdadeiros acordos por setores económicos entre organizações profissionais e associações de consumidores.”

Em Portugal, ainda que de um modo informal e no âmbito de uma iniciativa de “boas práticas” acordada entre o Instituto do Consumidor, representado pelo autor e pelo eminente jurista Dr. José FAISCA, funcionário daquele Instituto e a Associação Portuguesa de Seguros, representada pelo seu próprio Presidente e assessorado pela notável advogada e ex-bastonária Dr^a. Maria de Jesus SERRA LOPES e pela ilustre jurista Dr^a. Alexandra LENCASTRE, daquela Associação, foi levado a cabo estudo exaustivo das cláusulas das apólices de seguros de acidentes pessoais, automóvel, incêndio, multiriscos habitação, proteção jurídica, responsabilidade civil, roubo, saúde e vida, num total de 320 apólices, de que o Autor foi encarregado, com a colaboração de duas colegas, cujo profissionalismo e dedicação se quer salientar, as Dras. Anabela COITO LIMA e Susana DIAS SECA, e que culminou com a realização de uma série de reuniões na Associação Portuguesa de Seguros onde foi possível chegar a acordo para a supressão de algumas dezenas de cláusulas de legalidade duvidosa. O relatório final deste trabalho, ao qual nunca se quis associar o Instituto de Seguros de Portugal, foi entregue ao Instituto do Consumidor em dezembro de 1998, não se conhecendo qual o efetivo cumprimento das decisões acordadas de supressão ou de modificação das cláusulas pelas Companhias de Seguros, de cuja fiscalização ficara encarregado o mencionado Instituto.

⁶⁵ No seu parecer relativo aos “Consumidores no mercado dos Seguros” (CES116/98 de 29.01.98 (IND/616), de que foi relator o Dr. Manuel ATAIDE FERREIRA (JO C 95 de 30.03.98).

⁶⁶ « *Étude sur les clauses abusives présentes dans certains contrats d'assurance* », coordenado por Anne d'HAUTEVILLE, da Universidade de Montpellier I, que definiu 23 tipos de cláusulas abusivas comuns às várias centenas de apólices de seguro analisadas relativas aos ramos automóvel e habitação nos então 12 estados membros da EU, e em que o ora Autor foi responsável por Portugal (Contrato nº AO-2600 /93 / 009263 de julho de 1995); curiosamente, anos depois, ao elaborar o parecer do CESE sobre a Lei do Contrato de Seguro Europeu (CESE 1626/2004 de 15.12.2004 (INT/202), o autor verificou que a Comissão tinha dado sumiço a tal estudo...

⁶⁷ A própria Comissão, em certas circunstâncias, havia mesmo defendido que os comerciantes poderiam ser considerados consumidores desde que colocados em situação de desfavor ou de desequilíbrio contratual face a outro comerciante (Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.03.1991 DI PINTO, Caso C-361/89).

⁶⁸ Ver “Algumas reflexões a propósito da Proposta de Diretiva ‘Direitos dos Consumidores’”, maio 2010, in *RPDC*, n. 61, p. 11, e “A nova directiva sobre direitos dos consumidores”, julho 2012, *RLBDC*, n. 6, p. 185.

⁶⁹ Em lição proferida no Instituto de Direito do Consumo da Faculdade de Direito de Lisboa no âmbito do XI Curso Pós Graduação de Aperfeiçoamento em Direito do Consumo, a 8 de novembro de 2010.

⁷⁰ Cf. “*De l’abus dans les contrats*” Colóquio organizado pela “Commission-Logement” do Sindicato dos Advogados de França na Universidade de Angers, 20/03/2010.

⁷¹ Recordam-se as intervenções da sua Diretora Geral Monique GOYENS quer na Conferência durante a Presidência Francesa, em Paris, a 5 de dezembro de 2008, sob o título “*Intégration des marchés et protection des consommateurs: Le jeu en vaut-il la chandelle?*”, quer em Bruxelas durante o “2nd Consumer Rights Directive Fórum!” promovido pelo FORUM EUROPE, a 2 de junho de 2010.

Cf. igualmente a « *Appréciation générale de la proposition de Directive européenne au regard du droit français de la consommation* » da CONSOFRANCE <<http://www.conso-france.org/>>

⁷² Intitulado « *Futur du Droit Européen de la Consommation: Réaction du BEUC aux questions fondamentales soulevées par la Proposition de directive relative aux droits des consommateurs* » Ref : X/025/2009-24/03/09. Dele se salientam em especial algumas das razões fundamentais de rejeição da aproximação da Comissão:

- em numerosos estados-membros, a proposta conduziria à supressão ou redução de direitos dos consumidores;

- o campo de aplicação da diretiva é vago e todo o seu teor é demasiado complexo;

- a proposta focaliza-se demais em algumas diretivas existentes – não são tomadas medidas para que a proposta resista à prova do tempo;

- para a grande parte das questões a harmonização mínima a um nível elevado pode atingir os objetivos da Comissão, sem cair nas ratoeiras associadas à harmonização máxima;

- as últimas sondagens do Eurobarómetro mostram que a maior parte dos comerciantes não aumentarão as suas vendas transfronteiras mesmo se as leis de proteção dos consumidores forem harmonizadas;

- outro tipo de obstáculos, que nada têm a ver com a harmonização das leis de proteção dos consumidores, como por exemplo o carácter territorial dos direitos da propriedade intelectual ou as diferenças linguísticas, dificultam mais a realização de compras no estrangeiro;

- a Comissão supõe erradamente que redução dos custos na conformidade da legislação para as empresas será automaticamente repercutida nos consumidores via diminuição de preços e aumento das possibilidades de escolha.

O BEUC conclui por uma aproximação de “harmonização mista”: aceitar a harmonização máxima unicamente se ela for fixada a um nível de proteção muito elevado e aplicada exclusivamente às questões transversais e técnicas, como a duração do prazo de retratação, as condições para o exercer e a definição de consumidor, mantendo a harmonização mínima para as restantes questões, nomeadamente as cláusulas abusivas e as garantias nas vendas, permitindo aos estados-membros manter as especificidades nacionais e adaptar-se rapidamente às mudanças que sobrevenham no mercado.

⁷³ Em artigo intitulado “*Proposition de directive relative aux droits des consommateurs: Avantage pour les consommateurs ou faveurs pour les professionnels?*” in “*La Semaine Juridique*” n. 9 25.02.2009.

⁷⁴ A 2 de março de 2009, perante a Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores.

⁷⁵ In *Revue de Droit de la Consommation* 2009/2, p. 578 e sgs.

⁷⁶ Com uma intervenção provocatória sobre “*Le champ d’application de la Proposition de Directive*”.

⁷⁷ Parecer CESE 386/2009 (INT/464), aprovado na 455ª Sessão Plenária do CESE, de 15 e 16 de julho de 2009, e publicado no JO C 317, de 23.12.2009, p. 54 e sgs., da autoria dos conselheiros Hernandez Bataller (Relator, Grupo III) e Jarosław Mulewicz (Correlator, Grupo I).

⁷⁸ O Comité considerou ainda que:

– a proposta não apresenta inovações nalguns aspectos relevantes, como sejam a assistência pós-venda e as peças sobressalentes, a responsabilidade directa do produtor e as redes de distribuição;

– a existência de definições “comuns” pode contribuir para dar mais certeza e segurança jurídica aos operadores comerciais e aos consumidores mas, para tal, a Comissão deverá pôr fim às contradições que, a este respeito, subsistem na proposta;

– são as deficiências graves sentidas ao nível da resolução dos conflitos e da reparação dos danos que constituem um fator determinante “se não o mais determinante” para a falta de desenvolvimento do comércio transfronteiriço, sendo que a proposta omite totalmente esta preocupação que até o Eurobarómetro reflete.

É ainda importante atentar em alguns passos fundamentais do parecer que refletem o tipo de aproximação que o CESE fez a esta questão. Pelo que se transcrevem alguns dos pontos de vista considerados essenciais.

Assim:

“O consumidor europeu não pode ser visto exclusivamente numa óptica de mercado interno ou considerado como um agente racional no mercado, consciente e informado, que toma decisões numa pura lógica de concorrência, podendo a sua proteção resumir-se a uma maior e melhor informação.”

“Qualquer proposta que pretenda uma harmonização máxima em matéria de defesa dos consumidores deve centrar-se em aspectos muito concretos e ser acompanhada por especiais cautelas para respeitar o elevado nível de proteção dos consumidores garantido pelo Tratado, respeitando o princípio de subsidiariedade, sob pena de retardar e travar o desenvolvimento dos direitos dos consumidores em cada Estado-Membro.”

“A concretização de um mercado único para as empresas e para os consumidores é um objetivo que o CESE apoia totalmente, pois reconhece que há custos de transação derivados da aplicação das normas de defesa dos consumidores em cada Estado-Membro, que podem ser um obstáculo a uma oferta mais variada de bens e produtos no mercado interno de que os consumidores poderiam beneficiar. A Comissão parece considerar que os principais obstáculos à realização do mercado interno, em especial nas compras transfronteiras, são os custos e reticências dos profissionais, do lado da oferta, e a falta de confiança dos consumidores, do lado da procura. Identifica como causas dos problemas diagnosticados a fragmentação e a diferenciação dos direitos resultantes de uma harmonização mínima. Mas segundo o Eurobarómetro, há obstáculos mais importantes, como seja a falta de confiança no comércio eletrónico.”

⁷⁹ Publicado no JO C 200, de 25.08.2009, p. 76 e sgs., de que foi relator M. Wolfgang G. Gibowski (DE-PPE), Secretário de Estado Plenipotenciário do Estado da Baixa Saxónia junto do Estado Federal.

⁸⁰ Do seu texto salientam-se, em especial, as seguintes preocupações:

“– lamenta que a Comissão, na sua proposta, não tenha incluído todas as diretivas relacionadas com a defesa do consumidor e se tenha limitado à revisão de apenas quatro diretivas; não o tendo feito, a Comissão ficou aquém das possibilidades de criar um quadro legislativo comum para todos os direitos dos consumidores no mercado interno;

– lamenta ainda que a Comissão não tenha logrado eliminar a totalidade das contradições e imprecisões contidas nos atos normativos em vigor, nem melhorar globalmente a transparência das regras do acervo relativo à defesa dos consumidores;

– opõe-se ao princípio da harmonização completa, pois há o risco de os Estados-Membros, num intuito de uniformização, terem de renunciar a determinadas regras de defesa dos consumidores, ainda que comprovada a sua utilidade;

– considera que deve ser mantida uma parte substancial do princípio da harmonização mínima, porque se revela eficaz e corresponde à concretização do disposto no artigo 153.º, n.º 5, do Tratado CE, relevante em matéria de defesa dos consumidores. Os Estados-Membros devem, em princípio, ter a possibilidade de adaptarem, com flexibilidade, a legislação em matéria de defesa do consumidor ao ordenamento jurídico nacional, através de regras de proteção mais rigorosas;

– chama a atenção para o fato de que uma harmonização completa representa uma novidade no domínio da legislação europeia de defesa do consumidor, cuja introdução não parece ser absolutamente necessária. Somente em circunstâncias muito específicas, nomeadamente nos casos em que as diferentes regulamentações em vigor nos Estados-Membros dificultam, de fato, as transações transfronteiras das empresas ou representam um obstáculo substancial ao exercício das quatro liberdades fundamentais da União Europeia, deve ser considerada a hipótese de uma harmonização completa;

– dúvida da compatibilidade de uma harmonização completa com o princípio da subsidiariedade. A Comissão deve dar provas da necessidade de chamar a si toda a competência. Por conseguinte, a harmonização completa deveria ser efetuada apenas nos domínios mais importantes do mercado interno;

– tem igualmente dúvidas de que a harmonização completa contribuirá para aumentar a confiança dos consumidores e terá um efeito positivo na competitividade. Os problemas com que os consumidores se debatem são, antes de mais, a insegurança e a existência de procedimentos complicados que dificultam a aplicação da lei nas transações transfronteiras (barreiras linguísticas, despesas com advogados e custos processuais, etc.). E aqui a diretiva não traz melhorias;

– dúvida que o objetivo visado pela Comissão na proposta de diretiva em apreço, que consiste em regulamentar as transações transfronteiras e domésticas nos Estados-Membros, possa ser atingido. Em todo o caso, não há provas de que a existência de diferentes regulamentações nacionais representa um obstáculo ao comércio transfronteiras.”

⁸¹ Respectivamente Sessões 2982 e 3016 do Conselho, de 3/4 dezembro de 2009 e 25/26 de maio de 2010.

⁸² Doc. 17076/09 (Presse 365).

⁸³ Doc. 10123/10 (Presse 136).

⁸⁴ Notável e a merecer uma referência muito especial, o Relatório de Informação da Comissão dos Assuntos Europeus sobre esta proposta, apresentado pela deputada Marietta KARAMANLY, in <<http://www.assemblee-nationale.fr>>.

⁸⁵ Texto adotado pela Comissão dos assuntos europeus a 31 de março de 2009 (ref. E 4026).

⁸⁶ Interinstitutional File 2008/0196, Doc. 16933/10 de 10 de dezembro de 2010 CONSOM 112, JUSTCIV 212, CODEC 1379.

⁸⁷ Comunicado de Imprensa 5426/11, de 24 de janeiro de 2011, que, pela sua importância, se transcreve na íntegra em francês (não existe versão portuguesa):

«Le Conseil a adopté ce jour une orientation générale concernant un projet de directive relative aux droits des consommateurs (doc. 16933/10 et 16933/1/10 ADD 1). Il a également chargé la présidence de

poursuivre les négociations avec le Parlement européen en vue de parvenir à un accord définitif en première lecture.

L'orientation générale contient les éléments suivants:

Objectifs

La directive a pour objet d'améliorer le fonctionnement du marché intérieur et de contribuer à un niveau élevé de protection des consommateurs en rapprochant certains aspects des dispositions législatives des États membres relatives aux contrats à distance et hors établissement. Par ailleurs, elle vise à faciliter la vente à distance afin de renforcer la confiance des entreprises à l'égard du commerce transnational au sein de l'UE.

À cette fin, l'orientation générale du Conseil harmonise pleinement les dispositions relatives à l'information des consommateurs et au droit de rétractation dans les contrats à distance et hors établissement entre professionnels et consommateurs.

Les futures règles n'empêcheront pas les professionnels de proposer aux consommateurs des accords contractuels allant au-delà de la protection prévue dans la directive.

Les contrats à distance couvriront tous les cas dans lesquels des contrats sont conclus par le recours exclusif à des techniques de communication à distance (vente par correspondance, Internet, téléphone ou fax, par exemple).

Les contrats hors établissement couvriront les contrats conclus en la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, ailleurs que dans l'établissement commercial du professionnel, par exemple au domicile du consommateur ou sur son lieu de travail.

Champ d'application

La directive s'appliquerait aux contrats à distance et hors établissement conclus entre un professionnel (public ou privé) et un consommateur, ainsi qu'aux contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz, d'électricité ou de chauffage à distance.

Toutefois, la directive ne s'appliquerait pas aux contrats conclus dans des domaines tels que les biens immobiliers, la construction d'immeubles neufs, les services financiers, les services de transport de voyageurs, certains services sociaux, les soins de santé et les jeux de hasard.

Le contenu numérique, comme les programmes informatiques, les jeux ou la musique, qui n'est pas gravé sur un support matériel n'est pas considéré comme un bien au sens de la directive. Par contre, les supports numériques matériels comme les CD et les DVD ou les cartes à mémoire doivent être considérés comme relevant du champ d'application de la directive. Le téléchargement de contenu numérique à partir d'Internet, en tant que contrat

de service conclu par voie électronique et exécuté immédiatement, entrerait aussi dans le champ d'application de la directive, mais sans être assorti d'un droit de rétractation.

La nouvelle directive remplacera la directive 85/577/CEE concernant les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux¹ et la directive 97/7/CE concernant les contrats à distance², qui sont actuellement d'application. En outre, elle complètera les exigences en matière d'information prévues dans la directive relative aux services³ et dans la directive relative au commerce électronique⁴.

Exigences en matière d'information

Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat, le professionnel devra:

– fournir à celui-ci, sous une forme claire et compréhensible, les informations obligatoires nécessaires.

Ces informations seront communiquées sous une forme adaptée à la technique de communication à distance utilisée; et

– obtenir le consentement du consommateur à tous frais supplémentaires (en sus de la rémunération prévue au titre de l'obligation contractuelle principale du professionnel).

Si le professionnel n'a pas obtenu le consentement exprès du consommateur, ce dernier sera exempté du paiement de ces frais ou pourra prétendre à leur remboursement.

En ce qui concerne les contrats à distance devant être conclus par voie électronique, en vertu desquels le consommateur serait tenu d'effectuer un paiement, le consommateur ne sera lié par le contrat qu'après confirmation explicite de sa part.

La possibilité dont disposaient les États membres d'imposer des exigences supplémentaires en matière d'information aux prestataires de services établis sur leur territoire est maintenue.

Droit de rétractation

Sous réserve d'exceptions et de certaines obligations, le consommateur aura le droit de se rétracter d'un contrat à distance ou hors établissement, dans un délai de quatorze jours, sans avoir à motiver sa décision et sans aucun coût.

Pour exercer ce droit, le consommateur doit notifier au professionnel sa décision de se rétracter du contrat, par exemple par lettre écrite, télécopie ou courrier électronique, ou au moyen d'un formulaire type, avant l'expiration du délai de rétractation.

Dans ce cas, le professionnel remboursera tous les paiements reçus de la part du consommateur au plus tard quatorze jours à compter de la date de réception de la communication de la rétractation. Pour ce qui est des contrats portant sur la vente de biens, le professionnel peut différer le remboursement jusqu'à réception des biens.

Les États membres pourront introduire ou conserver dans leurs dispositions législatives nationales une interdiction de paiement pendant le délai de rétractation.

Entrée en vigueur

Les dispositions de la directive seraient applicables aux contrats conclus après trente mois après l'entrée en vigueur de la directive.

Toile de fond

La Commission a présenté la proposition initiale en 2008 (doc. 14183/08).

Le Conseil a tenu des débats d'orientation en décembre 2009 (doc. 16121/09) et en mai 2010 (doc. 9480/10).

Le Parlement devrait rendre son avis au cours du premier semestre de 2011.»

⁸⁸ Cf. Hearing with Viviane REDING, Written Answers, Notice to Members (PE431.139v02-00 de 07.01.2010; CM\800797).

⁸⁹ “An ambitious Consumer Rights Directive: boosting consumers’ protection and helping businesses” (Speech/10/91).

⁹⁰ Aliás em outras ocasiões públicas a Comissária Reding defendeu esta aproximação. Recordam-se entre outras a sua notável intervenção no “2nd Consumer Rights Directive Forum”, promovido pelo FORUM EUROPE, em Bruxelas a 2 de junho de 2010, e o seu discurso na Câmara de Comércio Americana em Bruxelas a 22 de junho de 2010, com o tema “Building Trust in Europe’s Online Single Market”. A sua posição concordante com a evolução que conduziria às propostas finais do Conselho e do PE foi avançada em declaração de 24 de março de 2011 (Memo/11/188), antecipando já a solução final.

⁹¹ Começou logo com um conflito de competências entre as Comissões IMCO e JURI, que só foi possível dirimir em sede de conferência de presidentes de 18.12.2008, com a atribuição à IMCO

do parecer quanto ao fundo. (PE-6/CPG/PV/2008-31) e a posterior designação da deputada Arlene McCARTHY como relatora do primeiro Documento de Trabalho, em 04.05.2009 (PE 423.778v02-00). Nesta fase inicial contribuíram também a Comissão IURI (PE 423.804v01-00 de 15.04.2009), relatora Diana WALLIS e a Comissão ECON (PE 421.360v01-00 de 12.03.2009), relatora Eva-Rittta SIITONEN, sendo já então notórias as diferenças quanto à apreciação da proposta da Comissão.

⁹² Doc. PE439.177v02-00 (DT/807372).

⁹³ No seguimento, aliás, do documento de trabalho sobre a mesma proposta apresentado por Arlene McCARTHY (IMCO/6/68476).

⁹⁴ A 2 de março e 29 de setembro de 2009.

⁹⁵ A 26 de janeiro de 2009 e 23 de fevereiro de 2010.

⁹⁶ Doc. PE442.789n02-00 (PR\818460).

⁹⁷ Projeto de Relatório de 25.06.2010, PE 442.789v04-00.

⁹⁸ Cf. Parecer de 01.10.2010, PE 439.439v02-00, com 45 propostas de emenda.

⁹⁹ Cf. Parecer de 24.01.2011, PE 445.885v03-00, com 211 propostas de emenda.

¹⁰⁰ Doc. A7-0038/2011, PE 442.789v07.00.

¹⁰¹ A tradução de “targeted” ou “ciblée” não é isenta de dificuldade em português. A fórmula utilizada foi adoptada pelo CESE nos seus documentos.

¹⁰² Doc. P7 TA 0038/2011.

¹⁰³ Doc. P7 TA (2011)0293.

¹⁰⁴ In JO L 304 de 22.11.2011, p. 64.

¹⁰⁵ Em Portugal a transposição foi parcialmente efetuada pelo Decreto-Lei 24/2014, de 14 de fevereiro (D.R. 1ª série n.º 32 de 14.02.2014, p. 1393), que entrou em vigor no dia 13 de junho de 2014, mas na data em que se escreve ainda se aguarda a publicação de uma Lei da Assembleia da República que completará essa transposição.

¹⁰⁶ A que faz detalhada referência no artigo “O Regulamento Europeu sobre o Regime Uniforme da Compra e Venda”, publicado na *RLBDC* de setembro 2013, n. 11, p. 275.

¹⁰⁷ COM (2011) 635 final, acompanhada de uma Comunicação da Comissão da mesma data sobre “*Um direito europeu comum da compra e venda para facilitar as transações transfronteiras no mercado único*” (COM (2011) 636 final).

¹⁰⁸ “O Regulamento Europeu sobre o Regime Uniforme da Compra e Venda”, publicado na *RLBDC* de setembro 2013, n. 11, p. 275. Aí se descrevem e se analisam com detalhe os antecedentes desta proposta e se dá conta pormenorizada de como a questão da harmonização do direito europeu dos contratos e a iniciativa da revisão do acervo comunitário em matéria de proteção dos consumidores pela primeira vez confluíram, embora nada, inicialmente, implicasse que assim acontecesse, nem, teoricamente, obrigasse ou sequer aconselhasse a que assim sucedesse e se enuncia qual a estrutura da Proposta de Regulamento e dos seus anexos, o primeiro dos quais constitui o texto fundamental da lei europeia do contrato de compra e venda e se dá notícia de todo o iter da sua negociação até hoje, e o impasse em que caiu na presente legislatura, que chegou ao fim.

¹⁰⁹ **Parte III Avaliação do conteúdo do contrato**

Capítulo 6 Interpretação

Artigo 58º

Disposições gerais sobre a interpretação dos contratos

1. Um contrato deve ser interpretado de acordo com a intenção comum das partes, mesmo quando tal não coincida com a aceção habitual das expressões nele utilizadas.

2. Sempre que uma parte conferir a uma expressão utilizada no contrato uma aceção específica e, no momento da celebração do contrato, a outra parte conhecia ou devia conhecer essa intenção, tal expressão deve ser interpretada do modo pretendido pela primeira parte.

3. Salvo disposição em contrário nos n.os 1 e 2, o contrato deve ser interpretado de acordo com a aceção que uma pessoa razoável lhe daria.

Artigo 59º

Elementos relevantes

Na interpretação de um contrato, deve ser especialmente tido em conta o seguinte:

- a) as circunstâncias em que foi celebrado, incluindo as negociações preliminares;
- b) o comportamento das partes, mesmo após a celebração do contrato;
- c) a interpretação que as partes já tenham dado a expressões que são idênticas ou semelhantes às utilizadas no contrato;
- d) os usos que partes na mesma situação considerariam geralmente aplicáveis;
- e) as práticas que as partes estabeleceram entre si;
- f) a aceção comum que se confere às expressões utilizadas no sector de actividade em causa;
- g) a natureza e o objecto do contrato; e
- h) o princípio da boa fé contratual.

Artigo 60º

Referência ao contrato como um todo

As expressões utilizadas num contrato devem ser interpretadas à luz desse contrato na sua totalidade.

Artigo 61º

Divergências linguísticas

Em caso de divergências entre as versões linguísticas de um contrato, e quando nenhuma delas revestir o carácter de versão oficial, prevalece a versão em que o contrato tiver sido originalmente redigido.

Artigo 62º

Preferência pelas cláusulas contratuais especificamente negociadas

Na medida em que exista uma incoerência, as cláusulas contratuais que tiverem sido especificamente negociadas prevalecem sobre as que o não foram na aceção do artigo 7º.

Artigo 63º

Prevalência da interpretação a favor da eficácia das cláusulas contratuais

A interpretação favorável à eficácia das cláusulas contratuais prevalece sobre as que a neguem.

Artigo 64º

Interpretação a favor dos consumidores

1. Em caso de dúvida sobre o significado de uma cláusula contratual entre um profissional e um consumidor, prevalece a interpretação mais favorável ao consumidor, a menos que a cláusula tenha sido por ele proposta.

2. As partes não podem, em detrimento do consumidor, excluir a aplicação do presente artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

Artigo 65º

Interpretação das cláusulas contratuais contra a parte que as tiver proposto

Sempre que, num contrato não abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 64º, existir uma dúvida quanto ao significado de uma cláusula contratual que não foi especificamente negociada na aceção do artigo 7º, prevalece a interpretação contrária aos interesses da parte que a tiver proposto.

Capítulo 7 Conteúdo e efeitos

Artigo 66º

Cláusulas contratuais

As cláusulas do contrato resultam:

- a) do acordo das partes, sob reserva de qualquer disposição imperativa do direito europeu comum da compra e venda;
- b) de qualquer uso ou prática que sejam vinculativos para as partes por força do artigo 67º;
- c) de qualquer disposição do direito europeu comum da compra e venda que se aplique na falta de acordo em contrário das partes; e
- d) de qualquer cláusula contratual implícita nos termos do artigo 68º.

Artigo 67º

Usos e práticas nos contratos entre profissionais

1. Num contrato entre profissionais, as partes ficam vinculadas aos usos que tenham decidido aplicar, bem como às práticas entre si estabelecidas.
2. As partes ficam vinculadas por qualquer uso que seja considerado geralmente aplicável por profissionais na mesma situação das partes.
3. Os usos e as práticas não vinculam as partes na medida em que colidam com cláusulas contratuais que tenham sido especificamente negociadas ou com disposições imperativas do direito europeu comum da compra e venda.

Artigo 68º

Cláusulas contratuais implícitas

1. Sempre que seja necessário tratar uma matéria que não esteja expressamente regulada pelo acordo das partes, nem por qualquer uso ou prática ou disposição do direito europeu comum da compra e venda, pode estar implícita uma cláusula contratual adicional, tendo em conta, em especial:
 - (a) a natureza e o objecto do contrato;
 - (b) as circunstâncias em que o contrato foi celebrado; e
 - (c) o princípio da boa fé contratual.
2. Qualquer cláusula contratual implícita na aceção do nº 1 deve, na medida do possível, ser susceptível de produzir os efeitos que as partes teriam provavelmente acordado caso tivessem regulado a matéria.
3. O nº 1 não se aplica quando as partes tiverem deliberadamente deixado uma matéria por regular, aceitando que o risco daí resultante seja assumido por qualquer delas.

Artigo 69º

Cláusulas contratuais derivadas de determinadas declarações pré-contratuais

1. Sempre que o profissional, antes da celebração do contrato, fizer uma declaração à outra parte, ou ao público, sobre as características do que deve fornecer por força do referido contrato, essa declaração é incorporada como uma cláusula do contrato, salvo se:

(a) a outra parte conhecia ou devia conhecer, no momento da celebração do contrato, que a declaração era incorrecta ou que não podia ser fiável como cláusula contratual; ou

(b) a decisão da outra parte de celebrar o contrato não podia ser influenciada pela declaração.

2. Para efeitos do n. 1, a declaração efectuada por uma pessoa envolvida na publicidade ou comercialização por conta do profissional é considerada efectuada por este.

3. Sempre que a outra parte seja um consumidor, para efeitos do n. 1, a declaração pública efectuada por um produtor, ou em seu nome, ou por outra pessoa situada a montante da cadeia de transacções conducentes ao contrato, é considerada efectuada pelo profissional, salvo se este, no momento da celebração do contrato, não a conhecesse e não se pudesse esperar que a conhecesse.

4. Nas relações entre profissionais e consumidores, as partes não podem, em detrimento dos consumidores, excluir a aplicação do presente artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

Artigo 70º

Dever de sensibilização para cláusulas contratuais não negociadas especificamente

1. As cláusulas contratuais incorporadas por uma parte e não negociadas especificamente na aceção do artigo 7º só podem ser invocadas contra a outra parte se esta última delas teve conhecimento, ou se a parte que as incorporou adoptou medidas razoáveis para chamar a atenção da outra parte para as mesmas antes ou quando o contrato foi celebrado.

2. Para efeitos do presente artigo, nas relações entre um profissional e um consumidor, a mera referência às cláusulas contratuais num documento contratual não é suficiente para considerar que se chamou a atenção do consumidor, mesmo que este último tenha assinado o documento.

3. As partes não podem excluir a aplicação do presente artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

Artigo 71º

Pagamentos adicionais nos contratos entre um profissional e um consumidor

1. Num contrato entre um profissional e um consumidor, a cláusula contratual que obrigue o consumidor a efectuar qualquer pagamento adicional ao montante estipulado em contrapartida da obrigação contratual principal do profissional, em especial quando tenha sido incorporada utilizando opções estabelecidas por defeito que o consumidor deve rejeitar para evitar o pagamento adicional, não é vinculativa para o consumidor, salvo se este, antes de ficar vinculado pelo contrato, tiver dado o seu consentimento expresso ao pagamento adicional. Se o consumidor tiver efectuado o pagamento adicional, poderá recuperá-lo.

2. As partes não podem, em detrimento do consumidor, excluir a aplicação do presente artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

Artigo 72º

Cláusula de documento contratual único

1. Sempre que um contrato escrito inclua uma cláusula estabelecendo que o documento engloba todas as cláusulas contratuais (cláusula de documento contratual único), nenhuma outra declaração, compromisso ou acordo prévio não incluídos no documento farão parte do contrato.

2. Salvo disposição contratual em contrário, uma cláusula de documento contratual único não impede que, na interpretação do contrato, se utilizem declarações anteriores das partes.

3. Num contrato entre um profissional e um consumidor, este último não fica vinculado por uma cláusula de documento contratual único.

4. As partes não podem, em detrimento do consumidor, excluir a aplicação do presente artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

Artigo 73º

Determinação do preço

Sempre que o preço a pagar por força de um contrato não possa ser determinado de outro modo, esse preço será, na falta de indicação em contrário, o preço normalmente cobrado em circunstâncias análogas no momento da celebração do contrato ou, na falta de tal preço, um preço razoável.

Artigo 74º

Determinação unilateral por uma parte

1. Sempre que a determinação do preço ou de qualquer outra condição contratual incumbir a uma das partes e esta os determine de forma manifestamente pouco razoável, esse preço ou condição é substituído pelo preço cobrado normalmente ou pela condição aplicada normalmente em circunstâncias análogas no momento da celebração do contrato ou, na falta de tal preço ou condição, por outro preço ou condição razoável.

2. As partes não podem excluir a aplicação do presente artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

Artigo 75º

Determinação por um terceiro

1. Sempre que a determinação do preço ou de qualquer outra condição contratual incumbir a um terceiro e este não possa ou não queira fazê-lo, um tribunal pode, salvo se tal for incompatível com as cláusulas contratuais, designar outra pessoa para o determinar.

2. Sempre que a determinação do preço ou de qualquer outra condição contratual por um terceiro for manifestamente pouco razoável, esse preço ou condição é substituído pelo preço cobrado normalmente ou pela condição aplicada normalmente em circunstâncias análogas no momento da celebração do contrato ou, na falta de tal preço ou condição, por outro preço ou condição razoável.

3. Para efeitos do n. 1, o termo «tribunal» inclui um tribunal arbitral.

4. Nas relações entre profissionais e consumidores, as partes não podem, em detrimento dos consumidores, excluir a aplicação do n. 2, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

Artigo 76º

Língua

Sempre que a língua a utilizar nas comunicações relativas ao contrato, ou aos direitos e s obrigações dele decorrentes não possa ser determinada de outro modo, a língua a utilizar é a da celebração do contrato.

Artigo 77º

Contratos de duração indeterminada

1. Sempre que, no caso de uma obrigação contratual que implique um cumprimento continuado ou periódico, as cláusulas contratuais não estabeleçam o momento em que se extingue a relação contratual ou não prevejam a sua resolução mediante notificação prévia nesse sentido, qualquer das partes o pode resolver mediante notificação prévia razoável não superior a dois meses.

2. Nas relações entre profissionais e consumidores, as partes não podem, em detrimento dos consumidores, excluir a aplicação do presente artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

Artigo 78º

Cláusulas contratuais a favor de terceiros

1. As partes contratantes podem, por força do seu contrato, conferir um direito a um terceiro. Não é necessário que o terceiro exista ou seja identificado no momento da celebração do contrato, mas deve ser identificável.

2. A natureza e o conteúdo do direito conferido ao terceiro são estipulados no contrato. Esse direito pode adoptar a forma de uma exclusão ou limitação da responsabilidade do terceiro em relação a uma das partes contratantes.

3. Quando uma das partes contratantes estiver obrigada a determinado cumprimento em relação a um terceiro por força do contrato:

(a) o terceiro beneficia dos mesmos direitos ao cumprimento e aos meios de defesa por incumprimento como se a parte contratante estivesse obrigada ao cumprimento por força de um contrato celebrado com o terceiro; e

(b) a parte contratante que tem a obrigação de cumprir pode opor ao terceiro todos os meios de defesa que poderia invocar contra a outra parte no contrato.

4. O terceiro pode renunciar ao direito conferido, mediante notificação, a uma ou outra das partes contratantes, se o fizer antes de o ter aceite expressa ou tacitamente. Em caso de renúncia, considera-se que o terceiro nunca beneficiou do direito em causa.

5. As partes contratantes podem suprimir ou alterar a cláusula contratual que confere o direito se o fizerem antes de qualquer delas ter comunicado ao terceiro a concessão do mesmo.

Capítulo 8 Cláusulas contratuais abusivas

SECÇÃO 1 DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 79º

Efeitos das cláusulas contratuais abusivas

1. A cláusula contratual incorporada por uma parte e considerada abusiva de acordo com o disposto nas secções 2 e 3 do presente capítulo não é vinculativa para a outra parte.

2. Sempre que o contrato possa continuar em vigor sem a cláusula contratual abusiva, as outras cláusulas contratuais continuam a ser vinculativas.

Artigo 80º

Excepções à apreciação do carácter abusivo

1. As secções 2 e 3 não se aplicam às cláusulas contratuais que reflectam disposições do direito europeu comum da compra e venda que se aplicariam se tais cláusulas não regulassem a matéria.

2. A secção 2 não se aplica à definição do objecto principal do contrato nem à adequação do preço a pagar na medida em que o profissional tenha cumprido o dever de transparência estabelecido no artigo 82º.

3. A secção 3 não se aplica à definição do objecto principal do contrato nem à adequação do preço a pagar.

Artigo 81º

Natureza imperativa

As partes não podem excluir a aplicação do presente capítulo, nem derogar ou modificar os seus efeitos.

SECÇÃO 2 CLÁUSULAS CONTRATUAIS ABUSIVAS NOS CONTRATOS ENTRE UM PROFISSIONAL E UM CONSUMIDOR

Artigo 82º

Dever de transparência das cláusulas contratuais não especificamente negociadas

Sempre que um profissional incorpore cláusulas contratuais que não tenham sido especificamente negociadas com o consumidor na aceção do artigo 7º, tem o dever de assegurar que sejam redigidas e comunicadas em termos simples e compreensíveis.

Artigo 83º

Significado de «abusivo» nos contratos entre um profissional e um consumidor

1. Num contrato entre um profissional e um consumidor, uma cláusula contratual incorporada pelo profissional que não tenha sido especificamente negociada na aceção do artigo 7º é abusiva, para efeitos da presente secção, se causa um desequilíbrio significativo entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato, em detrimento do consumidor, contrário ao princípio da boa fé contratual.

2. Para efeitos da presente secção, na avaliação do carácter abusivo de uma cláusula contratual, deve ter-se em conta:

- (a) se o profissional cumpriu o dever de transparência previsto no artigo 82º;
- (b) a natureza da prestação a executar nos termos do contrato;
- (c) as circunstâncias prevalecentes durante a celebração do contrato;
- (d) as outras cláusulas contratuais; e
- (e) as cláusulas de qualquer outro contrato do qual dependa.

Artigo 84º

Cláusulas contratuais que são sempre abusivas

Para efeitos da presente secção, uma cláusula contratual é sempre considerada abusiva se tiver por objecto ou efeito:

- a) excluir ou limitar a responsabilidade do profissional em caso de morte ou danos corporais causados ao consumidor em resultado de uma acção ou omissão do profissional ou da pessoa que actue em seu nome;
- b) excluir ou limitar a responsabilidade do profissional por qualquer perda ou dano para o consumidor em resultado de um acto deliberado ou negligente grave;
- c) limitar a obrigação do profissional de respeitar os compromissos assumidos pelos seus mandatários ou sujeitar os seus compromissos ao respeito de uma condição específica que dependa exclusivamente do profissional;
- d) excluir ou impedir o direito do consumidor de propor acções judiciais ou de recorrer a qualquer outro meio de defesa legal, em especial obrigando-o a dirigir-se exclusivamente a uma jurisdição de arbitragem não prevista normalmente nas disposições jurídicas aplicáveis aos contratos entre um profissional e um consumidor;
- e) conferir competência jurisdicional exclusiva para todos os litígios surgidos no âmbito do contrato ao tribunal do lugar onde o profissional está estabelecido, salvo se o tribunal eleito for também o tribunal do lugar de domicílio do consumidor;
- f) conferir ao profissional o direito exclusivo de decidir se os bens, conteúdos digitais ou serviços conexos fornecidos estão em conformidade com o contrato, ou conferir-lhe o direito exclusivo de interpretar qualquer cláusula contratual;
- g) estabelecer que o consumidor fica vinculado pelo contrato e o profissional não;

h) exigir ao consumidor que utilize, para a resolução do contrato na aceção do artigo 8º, um método mais formal do o utilizado para a sua celebração;

i) conceder ao profissional, para a resolução do contrato na aceção do artigo 8º, um prazo de notificação inferior ao exigido para o consumidor;

j) obrigar o consumidor a pagar bens, conteúdos digitais ou serviços conexos que não tenham sido efectivamente fornecidos ou prestados;

k) determinar que as cláusulas contratuais não especificamente negociadas na aceção do artigo 7º prevaleçam ou tenham preferência sobre cláusulas especificamente negociadas.

Artigo 85º

Cláusulas contratuais que se presumem abusivas

Para efeitos da presente secção, uma cláusula contratual presume-se abusiva se tiver por objecto ou efeito:

a) restringir os elementos de prova à disposição do consumidor ou impor-lhe um ónus da prova que juridicamente deveria caber ao profissional;

b) excluir ou limitar de forma inadequada os meios de defesa à disposição do consumidor contra o profissional ou um terceiro em caso de incumprimento pelo profissional das obrigações previstas no contrato;

c) excluir ou limitar de forma inadequada o direito de compensar os créditos que o consumidor possa ter em relação ao profissional com o que o consumidor possa dever ao profissional;

d) permitir que o profissional retenha montantes em dinheiro pagos pelo consumidor se este decidir não celebrar o contrato ou não cumprir obrigações decorrentes do mesmo, sem prever o direito de o consumidor receber do profissional o pagamento de uma indemnização de montante equivalente numa situação inversa;

e) exigir ao consumidor que não cumpre as suas obrigações ao abrigo do contrato que pague um montante desproporcionadamente elevado a título de prejuízos, ou um pagamento estipulado em caso de incumprimento;

f) conferir ao profissional o direito de retractação ou de resolução do contrato na aceção do artigo 8º de forma discricionária, sem reconhecer ao consumidor o mesmo direito, ou conferir ao profissional o direito de conservar os montantes pagos por serviços conexos ainda não prestados no caso de o profissional proceder à retractação ou resolução do contrato;

g) permitir ao profissional resolver um contrato de duração indeterminada sem notificação prévia, salvo por motivos graves;

h) estabelecer a prorrogação automática de um contrato de duração determinada, salvo indicação em contrário do consumidor, quando as cláusulas contratuais estabeleçam um prazo para notificação com demasiada antecedência;

i) permitir ao profissional alterar unilateralmente as cláusulas contratuais sem um motivo válido especificado no contrato; a presente disposição não afecta as cláusulas contratuais ao abrigo das quais o profissional se reserva o direito de alterar unilateralmente as cláusulas contratuais de duração indeterminada, desde que o profissional informe desse facto o consumidor num prazo razoável e que este possa livremente resolver o contrato sem custos adicionais;

j) permitir ao profissional alterar unilateralmente sem um motivo válido algumas das características dos bens, conteúdos digitais ou serviços conexos a fornecer ou qualquer outra característica da prestação;

k) estipular que o preço dos bens, conteúdos digitais ou serviços conexos deve ser determinado no momento da sua entrega ou prestação, ou permitir ao profissional aumentar o preço sem que o consumidor tenha o direito de se retractar se o preço final for muito superior ao preço acordado aquando da celebração do contrato; a presente disposição não afecta as cláusulas de indexação de preços, desde que as mesmas sejam válidas e que nelas esteja explicitamente descrito o método de variação do preço;

l) obrigar o consumidor a cumprir todas as suas obrigações nos termos do contrato no caso de o profissional não cumprir as suas próprias obrigações;

m) permitir ao profissional a cessão dos seus direitos e obrigações contratuais sem o consentimento do consumidor, salvo quando se trate de cessão para uma filial controlada pelo profissional, ou a cessão resultar de uma fusão ou de uma transacção empresarial legítima similar, e não seja provável que tal cessão afecte negativamente qualquer direito do consumidor;

n) permitir ao profissional, quando o objecto da encomenda estiver indisponível, fornecer um objecto equivalente sem ter informado expressamente o consumidor dessa possibilidade e da obrigação de o profissional dever suportar os custos da devolução do que foi recebido pelo consumidor ao abrigo do contrato caso este exerça o direito de recusar a prestação;

o) permitir ao profissional determinar um prazo de aceitação ou de recusa da oferta injustificadamente longo ou não especificado de forma adequada;

p) permitir ao profissional determinar um prazo de cumprimento das obrigações contratuais injustificadamente longo ou não especificado de forma adequada;

q) excluir ou limitar de forma inadequada as vias de recurso à disposição do consumidor contra o profissional ou os meios de defesa à sua disposição contra as pretensões do profissional;

r) subordinar o cumprimento das obrigações contratuais pelo profissional, ou subordinar outros efeitos do contrato favoráveis ao consumidor, a determinadas formalidades que não sejam juridicamente exigidas nem razoáveis;

s) exigir ao consumidor adiantamentos excessivos ou garantias do cumprimento das obrigações excessivas;

t) impedir injustificadamente que o consumidor obtenha fornecimentos ou reparações da parte de terceiros;

u) vincular injustificadamente o contrato a outro contrato com o profissional, uma das suas filiais, ou um terceiro, de um modo que o consumidor não possa prever;

v) impor um encargo excessivo ao consumidor para resolver um contrato de duração indeterminada;

w) fixar um período inicial para o contrato, ou qualquer período de renovação, superior a um ano, para um contrato de fornecimento prolongado de bens, conteúdos digitais ou serviços conexos, salvo se o consumidor o puder resolver em qualquer momento dispondo para esse efeito de um prazo de resolução não superior a 30 dias.

SECÇÃO 3 CLÁUSULAS CONTRATUAIS ABUSIVAS NOS CONTRATOS ENTRE PROFISSIONAIS

Artigo 86º

Significado de «abusivo» nos contratos entre profissionais

1. Num contrato entre profissionais, uma cláusula contratual é considerada abusiva para efeitos da presente secção, se:

(a) formar parte das cláusulas não especificamente negociadas na aceção do artigo 7º; e
(b) for de natureza tal que a sua aplicação se desvie manifestamente das boas práticas comerciais, contrariamente ao princípio da boa fé contratual.

2. Para efeitos da presente secção, na avaliação do carácter abusivo de uma cláusula contratual, deve ter-se em conta:

- (a) a natureza da prestação a executar nos termos do contrato;
- (b) as circunstâncias prevalentes durante a celebração do contrato;
- (c) as outras cláusulas contratuais; e
- (d) as cláusulas de qualquer outro contrato do qual dependa.

Parte VII Restituição

Capítulo 17 Restituição

Artigo 172º

Restituição em caso de anulação ou de resolução

1. Sempre que um contrato seja anulado ou resolvido por qualquer uma das partes, cada parte é obrigada a devolver o que essa parte («beneficiário») recebeu da outra parte.

2. A obrigação de devolver o que foi recebido inclui os eventuais frutos naturais e legais decorrentes do que se recebeu.

3. Em caso de resolução de um contrato relativo a um cumprimento em fracções ou partes, não se exige a devolução do que foi recebido em relação a qualquer fracção ou parte quando as obrigações de ambas as partes tenham sido correctamente cumpridas, ou quando o preço relativo à fracção executada continua a ser exigível nos termos do artigo 8º, nº 2, salvo se a natureza do contrato for tal que o cumprimento parcial não tem qualquer valor para uma das partes.

Artigo 173º

Pagamento do valor monetário

1. Sempre que não possa ser restituído o que foi recebido, incluindo os frutos quando pertinente, ou no caso de conteúdos digitais quer tenham ou não sido fornecidos num suporte material, o beneficiário deve pagar o valor monetário correspondente.

Sempre que a restituição seja possível, mas implicar esforços ou gastos excessivos, o beneficiário pode optar por pagar o valor monetário desde que tal não prejudique os interesses patrimoniais da outra parte.

2. O valor monetário dos bens corresponde ao valor que teriam na data em que o pagamento do valor monetário deve ser efectuado se tivessem sido conservados pelo destinatário sem destruição ou danos até essa data.

3. Sempre que um contrato de serviços conexos é anulado ou resolvido pelo cliente depois do serviço ser total ou parcialmente prestado, o valor monetário do que foi recebido corresponde ao montante que o cliente poupou ao receber o serviço conexo.

4. No caso dos conteúdos digitais, o valor monetário do que foi recebido corresponde ao montante que o consumidor poupou ao utilizar os conteúdos digitais.

5. Sempre que o beneficiário tenha obtido a substituição em dinheiro ou em espécie em contrapartida de bens ou conteúdos digitais quando sabia ou devia saber do motivo da anulação ou da

resolução, a outra parte pode optar por reclamar o substituto ou o valor monetário do substituto. Um beneficiário que tenha obtido um substituto em dinheiro ou em espécie em contrapartida de bens ou conteúdos digitais, quando não sabia e não podia saber do motivo da anulação ou da resolução, pode optar por devolver o substituto ou o seu valor monetário.

6. No caso de conteúdos digitais que não sejam fornecidos em contrapartida do pagamento de um preço, não serão efectuadas restituições.

Artigo 174º

Pagamento pela utilização e juros sobre o montante recebido

1. O beneficiário que tenha utilizado os bens deve pagar à outra parte o valor monetário dessa utilização por qualquer período de tempo sempre que:

(a) o beneficiário tenha sido a causa da anulação ou da resolução;

(b) o beneficiário, antes do início do referido período, tivesse conhecimento do motivo de anulação ou da resolução; ou

(c) tendo em conta a natureza dos bens, a natureza e o âmbito da utilização, bem como a possibilidade de recorrer a meios de defesa diferentes da resolução, não fosse equitativo permitir ao beneficiário a livre utilização dos bens durante esse período.

2. O destinatário que está obrigado a restituir montantes em dinheiro deve pagar juros, à taxa fixada no artigo 166º, sempre que:

(a) a outra parte seja obrigada a pagar pela utilização; ou

(b) o beneficiário tenha causado a anulação do contrato devido a dolo, ameaça e exploração indevida.

3. Para efeitos do presente capítulo, o destinatário não é obrigado a pagar pela utilização dos bens recebidos ou os juros sobre o montante recebido em qualquer outra circunstância distinta das estabelecidas nos n.os 1 e 2.

Artigo 175º

Indemnização das despesas

1. Sempre que um beneficiário tenha incorrido em despesas relativas a bens ou conteúdos digitais, tem direito a uma indemnização na medida em que as despesas beneficiem a outra parte, desde que tenham sido efectuadas quando o beneficiário não conhecia nem podia conhecer o motivo da anulação ou da resolução.

2. O destinatário que conhecia ou devia conhecer o motivo da anulação ou da resolução só tem direito a indemnização pelas despesas que tenham sido necessárias para proteger os bens ou os conteúdos digitais contra o extravio ou a diminuição do valor, desde que não tenha tido a oportunidade de solicitar o aconselhamento da outra parte.

Artigo 176º

Alteração equitativa

Qualquer obrigação de restituição ou de pagamento prevista pelo presente capítulo pode ser alterada na medida em que o seu cumprimento seja manifestamente injusto, tendo em conta, em especial, o facto de a parte ter causado ou não a anulação ou resolução ou não ter conhecimento dessa causa.

Artigo 177º

Natureza imperativa

Nas relações entre profissionais e consumidores, as partes não podem, em detrimento dos consumidores, excluir a aplicação do presente capítulo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

¹¹⁰ **Alteração 16**
Proposta de regulamento
Considerando 31

Texto da Comissão

(31) O princípio da boa fé contratual deve orientar a forma como as partes devem cooperar. Visto que algumas normas constituem manifestações específicas do princípio geral da boa fé contratual, estas devem prevalecer sobre o princípio geral. Assim, o princípio geral não pode ser utilizado como um instrumento para alterar os direitos e obrigações específicos das partes, previstos em normas específicas. Os requisitos concretos resultantes do princípio da boa fé contratual devem depender, entre outros, do nível relativo de conhecimentos técnicos das partes, devendo por isso ser diferentes nas transações entre empresas e consumidores e nas transações unicamente entre empresas. Nas transações entre profissionais, as boas práticas comerciais na situação específica em causa constituirão um fator relevante neste contexto.

Alteração

(31) O princípio geral da boa fé contratual deve orientar a forma como as partes devem cooperar. Visto que algumas normas constituem manifestações específicas do princípio geral da boa fé contratual, estas devem prevalecer sobre o princípio geral. Assim, o princípio geral não pode ser utilizado como um instrumento para alterar os direitos e obrigações específicos das partes, previstos em normas específicas. Os requisitos concretos resultantes do princípio da boa fé contratual devem depender, entre outros, do nível relativo de conhecimentos técnicos das partes, devendo por isso ser diferentes nas transações entre empresas e consumidores e nas transações unicamente entre empresas. Nas transações entre profissionais, as boas práticas comerciais na situação específica em causa constituirão um fator relevante neste contexto. Sem impedir as partes da prossecução dos seus próprios interesses, o princípio geral da boa fé contratual deve constituir um padrão de conduta que assegura uma relação honesta, transparente e equitativa. Apesar de impedir uma parte de exercer ou se basear num direito, recurso ou defesa que, de outro modo, essa parte teria, o princípio enquanto tal não deve dar lugar a uma exigência geral de indemnização. As disposições do direito europeu comum de compra e venda que constituem manifestações específicas do princípio geral da boa fé contratual, como a prevenção da fraude ou do incumprimento de uma obrigação criada por uma condição implícita podem dar lugar a indemnização, mas apenas em casos muito específicos.

Justificação

Os aditamentos clarificam o âmbito do princípio da boa fé contratual, e refletem as alterações propostas à definição deste princípio e ao artigo 2º, nº 2.

Alteração 20

Proposta de regulamento

Considerando 34-C (novo)

Texto da Comissão

Alteração

(34-C) A fim de ajudar a facilitar a utilização do direito europeu comum de compra e venda, a Comissão deverá trabalhar para o desenvolvimento de um modelo europeu de cláusulas contratuais. Tal modelo de cláusulas contratuais poderia complementar utilmente as disposições do direito europeu comum de compra e venda ao enunciar os aspetos específicos de um dado contrato e ter em conta as particularidades dos setores comerciais relevantes. Deve responder às necessidades das partes interessadas e colher as lições da experiência prática inicial da utilização do direito europeu comum de compra e venda. O modelo de cláusulas contratuais deve ser disponibilizado ao público, já que poderá proporcionar valor acrescentado aos profissionais que optem por celebrar contratos transfronteiras utilizando o direito europeu comum de compra e venda. Para que esse modelo de termos contratuais acompanhe efetivamente o direito europeu comum de compra e venda, a Comissão deve iniciar os seus trabalhos o mais rapidamente possível.

Alteração 27

Proposta de regulamento

Artigo 2 – alínea b)

Texto da Comissão

Alteração

(b) «Boa fé contratual», um padrão de conduta caracterizado pela honestidade, abertura e

Suprimido

consideração pelos interesses da outra parte na transação ou na relação em causa;

(Ver alteração para a nova alínea f-E); o texto foi alterado).

Alteração 29
Proposta de regulamento
Artigo 2 – alínea d)

Texto da Comissão

(d) «Cláusulas contratuais gerais», cláusulas contratuais redigidas antecipadamente para várias transações envolvendo diferentes partes e que não tenham sido especificamente negociadas entre as partes na aceção do artigo 7º do direito europeu comum da compra e venda;

Alteração

Suprimido

Alteração 35
Proposta de regulamento
Artigo 2 – alínea f-E) (nova)

Texto da Comissão

Alteração

(f-E) “Boa fé contratual”, um padrão de conduta caracterizado pela honestidade e a abertura relativamente à outra parte na transação ou na relação em causa, e que exclui uma intenção cuja única finalidade é prejudicar;

(Ver alteração para a alínea b)

Justificação

A antiga redação (“consideração pelos interesses”) foi entendida como forma de evitar que as partes avancem para negociações aguerridas e causa de preocupação, em particular, em contratos B2B (de empresa a empresa). A fim de clarificar que tal não é o propósito, a nova redação estipula que nenhuma das partes pode abusar dos seus direitos. A alteração também é relevante para o artigo 82º no que diz respeito ao controlo de abusos B2B e deverá atenuar a preocupação conexa de que as partes num contrato não tenham a possibilidade de seguir os seus próprios interesse ao negociarem.

Alteração 36
Proposta de regulamento
Artigo 2 – alínea f-F) (nova)

Texto da Comissão

Alteração

(f-F) «Cláusulas contratuais gerais», cláusulas contratuais redigidas antecipadamente para várias transações envolvendo diferentes partes e que não tenham sido especificamente negociadas entre as partes na aceção do artigo 7º do direito europeu comum da compra e venda;

Alteração 87

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 24 – nº 3 – alínea e)

Texto da Comissão

(e) as cláusulas contratuais.

Alteração

(e) as cláusulas com base nas quais o profissional está disposto a celebrar o contrato.

Alteração 88

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 24 – parágrafo 4

Texto da Comissão

4. O profissional deve assegurar que as cláusulas contratuais referidas no nº 3, alínea e), são redigidas em caracteres alfabéticos ou outros caracteres inteligíveis, e num suporte duradouro que permita a leitura, a gravação da informação contida no texto e a sua reprodução num suporte material.

Alteração

4. Sem prejuízo de requisitos mais estritos para um profissional perante um consumidor, nos termos da Secção 1, esse profissional deve assegurar que as cláusulas referidas no nº 3, alínea e), são redigidas em caracteres alfabéticos ou outros caracteres inteligíveis, e num suporte duradouro que permita a leitura, a gravação da informação contida no texto e a sua reprodução num suporte material.

(Ver alteração para a nova alínea f-F);

Alteração 89

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 24 – parágrafo 5

Texto da Comissão

5. O profissional deve, por via eletrónica e sem demora excessiva, acusar a receção da oferta ou

Alteração

5. O profissional deve, por via eletrónica e sem demora excessiva, acusar a receção da

da aceitação enviada pela outra parte.

oferta ou da aceitação enviada pela outra parte. A informação recebida deve apresentar o conteúdo da oferta ou da aceitação.

Alteração 90

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 29 – parágrafo 1

Texto da Comissão

1. A parte que não cumpriu algum dos deveres impostos pelo presente capítulo é responsável por qualquer prejuízo causado à outra parte devido a esse incumprimento.

Alteração

1. A parte que não cumpriu algum dos deveres impostos pelo presente capítulo é responsável, nos termos do Capítulo 16, por qualquer prejuízo causado à outra parte devido a esse incumprimento.

Alteração 91

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 30 – parágrafo 2

Texto da Comissão

2. O acordo é obtido mediante a aceitação de uma oferta. A aceitação pode ser dada de forma explícita ou mediante outra declaração ou comportamento.

Alteração

2. O acordo é obtido mediante a aceitação de uma oferta.

Justificação

Simplificação da redação. O artigo 34º, nº 1, já indica que a aceitação pode ser dada por qualquer forma ou comportamento.

Alteração 92

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 31 – nº 1 – alínea b)

Texto da Comissão

(b) tiver o conteúdo e a segurança jurídica suficientes para garantir a existência de um contrato.

Alteração

(b) tiver o conteúdo e a segurança jurídica suficientes para garantir a existência de um contrato. Nas relações entre um profissional e um consumidor, uma oferta apenas será considerada com conteúdo e certeza suficientes se incluir um objeto, uma quantidade ou duração, e um preço.

Justificação

No caso dos contratos B2C, afigura-se adequado clarificar qual é o conteúdo mínimo de uma oferta.

Alteração 93

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo – 48 (novo)

Texto da Comissão

Alteração

Artigo – 48º

Âmbito de aplicação

1. O presente capítulo aplica-se à anulação de contratos por vício de vontade e vícios semelhantes.

2. As disposições do presente capítulo aplicam-se, com as adaptações necessárias, à anulação de uma oferta, aceitação ou outra declaração unilateral que indique a intenção, ou comportamento equivalente.

(Para o n.º 2, ver alteração ao artigo 12º, n.º 4)

Justificação

Clarificação.

Alteração 94

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 48 – ponto 1 – alínea a)

Texto da Comissão

(a) essa parte, sem tal erro, não teria celebrado o contrato ou só o teria feito em condições substancialmente diferentes e a outra parte sabia ou devia sabê-lo; bem como

Alteração

(a) essa parte, sem tal erro, não teria celebrado o contrato ou só o teria feito em condições substancialmente diferentes;

Justificação

Não é adequado vincular uma parte aos seus erros, e.g., erros tipográficos, exigindo a corresponsabilidade da outra parte.

Alteração 95

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 48 – ponto 1 – alínea b) – subalínea i)

Texto da Comissão
(i) causou o erro;

Alteração
(i) causou o erro; ou

Alteração 96

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 48 – ponto 1 – alínea b) – subalínea ii)

Texto da Comissão
(ii) levou a que o contrato fosse celebrado com base em erro ao desrespeitar algum dos deveres de informação pré-contratual previstos no Capítulo 2, secções 1 a 4;

Alteração
(ii) levou a que o contrato fosse celebrado com base em erro ao desrespeitar algum dos deveres de informação pré-contratual previstos no Capítulo 2, secções 1 a 4; ou

Alteração 97

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 48 – ponto 1 – alínea b) – subalínea iv)

Texto da Comissão
(iv) incorreu no mesmo erro.

Alteração
Suprimido

Justificação

A anulação pelo mesmo erro apresenta-se como um elemento estranho neste capítulo. Pode ser encontrada uma solução para tais casos através da interpretação ou alteração de circunstâncias.

Alteração 98

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 49 – ponto 3 – parte introdutória

Texto da Comissão
3. Para determinar se, de acordo com a boa fé contratual, uma parte tinha a obrigação de comunicar uma informação específica, devem ser tidas em conta todas as circunstâncias, em especial:

Alteração
3. Para determinar se, de acordo com a boa fé contratual, uma parte tinha a obrigação de comunicar uma informação específica, têm que ser tidas em conta todas as circunstâncias, em especial:

Justificação

Trata-se de conformar a redação com o artigo 23º, nº 2 (dever de fornecer informações sobre bens e serviços conexos), que inclui um enunciado de circunstâncias comparável.

Alteração 99
Proposta de regulamento
Anexo I – artigo 49 – ponto 3 – alínea e)

Texto da Comissão

(e) a importância que aparentemente teriam as referidas informações para a outra parte; bem como

Alteração

(e) a importância que provavelmente teriam as referidas informações para a outra parte; bem como

Justificação

Trata-se de conformar a redação com o artigo 23º, nº 2 (dever de fornecer informações sobre bens e serviços conexos), que inclui um enunciado de circunstâncias comparável. Não há razão para que a importância da informação para a outra parte seja maior aqui.

Alteração 103
Proposta de regulamento
Anexo I – artigo 58 – ponto 3-A (novo)

Texto da Comissão

Texto da Comissão

Alteração

3-A. As expressões utilizadas num contrato devem ser interpretadas à luz desse contrato da totalidade.

(Ver alteração ao artigo 60º) o texto foi alterado).

Justificação

Um conjunto de alterações destina-se a reformular as disposições relativas à interpretação, a fim de tornar o capítulo mais fácil de ler e de com ele lidar

Alteração 109
Proposta de regulamento
Anexo I – artigo 61-A (novo)

Texto da Comissão

Alteração

Artigo 61º-A

Prevalência da interpretação a favor da eficácia das cláusulas contratuais

Uma interpretação que dê efeito às cláusulas contratuais prevalece sobre outra que não dê.

Alteração 110
Proposta de regulamento
Anexo I – artigo 61-B (novo)

Texto da Comissão

Alteração

Artigo 61º-B

Interpretação a favor dos consumidores

1. Em caso de dúvida sobre o significado de uma cláusula contratual entre um profissional e um consumidor, prevalece a interpretação mais favorável ao consumidor, a menos que a cláusula por ele tenha sido proposta.

2. As partes não podem, em detrimento do consumidor, excluir a aplicação do presente artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

(Ver alteração ao artigo 64º)

Alteração 111

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 62 – título

Preferência pelas cláusulas contratuais especificamente negociadas

Alteração

Cláusulas contratuais não especificamente negociadas

Alteração 112

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 62 – nº 1-A (novo)

Texto da Comissão

Alteração

1-A. Sempre que, num contrato não abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 61º-B, existir uma dúvida quanto ao significado de uma cláusula contratual que não foi especificamente negociada na aceção do artigo 7º, prevalece a interpretação contrária aos interesses da parte que a tiver proposto.

(Ver alteração ao artigo 65º)

Justificação

O artigo 65º foi integrado no artigo 62º, já que parece ser de leitura mais clara quando todas as disposições relativas à interpretação de cláusulas contratuais não negociadas individualmente estão agrupadas num único artigo. A redação foi clarificada.

Alteração 117
Proposta de regulamento
Anexo I – artigo 67 – parágrafo 3

Texto da Comissão

3. Os usos e as práticas não vinculam as partes na medida em que colidam com cláusulas contratuais que tenham sido especificamente negociadas ou com disposições imperativas do direito europeu comum da compra e venda.

Alteração

3. Os usos e as práticas não vinculam as partes na medida em que colidam com o acordo entre as partes ou com disposições imperativas do direito europeu comum da compra e venda.

Justificação

Clarificação.

Alteração 118
Proposta de regulamento
Anexo I – artigo 68 – parágrafo 2

Texto da Comissão

2. Qualquer cláusula contratual implícita na aceção do nº 1 deve, na medida do possível, ser suscetível de produzir os efeitos que as partes teriam provavelmente acordado caso tivessem regulado a matéria.

Alteração

2. Qualquer cláusula contratual implícita na aceção do nº 1 deve, na medida do possível, ser suscetível de produzir os efeitos que as partes teriam provavelmente acordado.

Justificação

Simplificação da redação.

Alteração 121
Proposta de regulamento
Anexo I – artigo 70

Texto da Comissão

Artigo 70º

Dever de sensibilização para cláusulas contratuais não negociadas especificamente

1. As cláusulas contratuais incorporadas por uma parte e não negociadas especificamente na aceção do artigo 7º só podem ser invocadas contra a outra parte se esta última delas teve conhecimento, ou se a parte que as incorporou

Alteração

Suprimido

adotou medidas razoáveis para chamar a atenção da outra parte para as mesmas antes ou quando o contrato foi celebrado.

2. Para efeitos do presente artigo, nas relações entre um profissional e um consumidor, a mera referência às cláusulas contratuais num documento contratual não é suficiente para considerar que se chamou a atenção do consumidor, mesmo que este último tenha assinado o documento.

3. As partes não podem excluir a aplicação do presente artigo, nem derogar ou modificar os seus efeitos.

(Ver alteração ao artigo 76º-A; o texto foi alterado)

Alteração 125

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 76-A (novo) – título

Texto da Comissão

Alteração

Artigo 76º-A

Dever de informação sobre cláusulas contratuais não negociadas especificamente

Alteração 126

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 76-A – nº 1 (novo)

Texto da Comissão

Alteração

1. As cláusulas contratuais incorporadas por um profissional e não negociadas especificamente na aceção do artigo 7º só podem ser invocadas contra um consumidor se este último delas teve conhecimento, ou se o profissional que as incorporou adotou medidas razoáveis para chamar a atenção do consumidor para as mesmas antes ou quando o contrato foi celebrado.

(Ver alteração ao artigo 70º, nº 1)

Justificação

Parece ser suficiente apenas prever a obrigação de chamar a atenção para cláusulas contratuais não negociadas especificamente em contratos B2C. Trata-se de ter em conta as preocupações suscitadas pela aplicação desta disposição igualmente a contratos B2B.

Alteração 127

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 76-A – nº 2 (novo)

Texto da Comissão

Alteração

2. Para efeitos de aplicação do presente artigo, considera-se que não foi suficientemente chamada a atenção do consumidor para as cláusulas contratuais se estas últimas não forem:

(a) apresentadas de forma adequada para chamar a atenção do consumidor para a sua existência; e

(b) fornecidas ou disponibilizadas pelo profissional ao consumidor de forma a que este último tenha a oportunidade de as compreender antes de ser celebrado o contrato.

(Ver alteração ao artigo 70º, nº 2; o texto foi alterado)

Justificação

Tem sido criticado o facto de o artigo 70º, nº 2, apenas estipular que comportamento é considerado suficiente para chamar suficientemente a atenção do consumidor para as cláusulas contratuais. O texto agora proposto pretende descrever o que é necessário fazer para cumprir esse dever: um profissional que apresente cláusulas contratuais não especificadamente negociadas apenas pode evocar essas cláusulas contra o consumidor se as tiver apresentado de forma adequada para chamar a atenção deste último para a sua existência e que lhe permita compreendê-las antes da celebração do contrato.

Alteração 128

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 76-A – nº 3 (novo)

Texto da Comissão

Alteração

3. As cláusulas contratuais não são consideradas como tendo sido suficientemente levadas ao conhecimento do consumidor por simples

referência num documento de contrato, mesmo que o consumidor assine esse documento.

(Ver alteração ao artigo 70º, nº 2)

Alteração 129
Proposta de regulamento
Anexo I – artigo 76-A – nº 4 (novo)

Texto da Comissão

Alteração
4. As partes não podem excluir a aplicação do presente artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos em detrimento do consumidor.

Justificação

(Ver alteração ao artigo 70º, nº 3)

Alteração 168
Proposta de regulamento
Anexo I – artigo 172 – título

Texto da Comissão

Restituição em caso de anulação ou de resolução

Alteração

Restituição em caso de anulação, resolução ou invalidade

Um conjunto de alterações destina-se a redigir de novo o capítulo relativo à restituição, dado que foram detetadas diversas insuficiências. As propostas destinadas a conseguir maior coerência e resultados equilibrados, assim como a completar e clarificar as disposições e a dispor de soluções práticas para o fornecimento de conteúdos digitais, nomeadamente quando estes últimos constituírem a contrapartida de uma conta-prestação que não seja o pagamento de um preço.

Alteração 169
Proposta de regulamento
Anexo I – artigo 172 – ponto 1

Texto da Comissão

1. Sempre que um contrato seja anulado ou resolvido por qualquer uma das partes, cada parte é obrigada a devolver o que essa parte

Alteração

1. Sempre que um contrato ou parte de um contrato seja anulado, resolvido por qualquer uma das partes, ou inválido ou não vinculativo

(«beneficiário») recebeu da outra parte.

por outras razões que não a anulação ou a resolução, cada parte é obrigada a devolver o que essa parte (“o beneficiário”) recebeu da outra parte a título do contrato ou parte do contrato afetados.

Justificação

Clarificações para a anulação ou resolução parciais (cf. artigo 117º) e para casos em que um contrato seja inválido ou não vinculativo porque o vendedor não cumpriu um certo número de obrigações ou requisitos específicos (e.g. artigos 19º, nº 4, 25º, nº 2, 71º, nº 1, 72º, nº 3, 79º, nº 2, 167º, nº 3 e 170º, nº 1)

Alteração 170

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 172 – ponto 2-A (novo)

Texto da Comissão

Alteração

2-A. A restituição será efetuada sem atrasos indevidos e, em qualquer caso, num prazo máximo de catorze dias a contar da notificação da anulação ou resolução. Quando o beneficiário for um consumidor, considera-se que este prazo é cumprido se este último tomar as medidas necessárias antes de o período de catorze dias ter expirado.

Justificação

Clarificação relativa ao prazo de restituição. A solução proposta corresponde às disposições sobre o exercício do direito de retratação (artigos 44º, nº 1 e 45º, nº 1, em consonância com a Diretiva Bens de Consumo).

Alteração 171

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 172 – ponto 2-B (novo)

Texto da Comissão

Alteração

2-B. O beneficiário suporta o custo da restituição do que recebeu.

Justificação

Clarificação relativa aos custos da restituição. A solução proposta corresponde às disposições

relativas ao exercício do direito de retratação (artigo 44º, nº 2, em consonância com a Diretiva Consumo de Bens).

Alteração 172

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 172 – ponto 2-C (novo)

Texto da Comissão

Alteração

2-C. Uma parte pode exercer o direito de retratação do cumprimento de uma obrigação de restituição se tiver interesse legítimo em fazê-lo, por exemplo, quando tal for necessário para avaliar a existência de uma falta de conformidade.

Justificação

Clarificação.

Alteração 173

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 172 – ponto 2-D (novo)

Texto da Comissão

Alteração

2-D. Em caso de incumprimento por uma das partes de uma obrigação de restituição ou pagamento, nos termos do presente capítulo, a outra parte pode exigir uma indemnização, nos termos dos artigos 159º a 163º.

Justificação

Clarificação.

Alteração 201

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 186-C (novo)

Texto da Comissão

Alteração

Artigo 186º-C

Desenvolvimento de um “modelo europeu de cláusulas contratuais”

1. O mais rapidamente possível e, o mais tardar,

num prazo de três meses a contar da data de entrada em vigor do presente regulamento, a Comissão deve constituir um grupo de perito para assistir no desenvolvimento de um “modelo europeu de cláusulas contratuais” baseado no direito europeu comum da compra e venda e complementar deste último, assim como para promover a sua aplicação.

2. A Comissão, com assistência do grupo de peritos deve apresentar o primeiro “modelo europeu de cláusulas contratuais” no prazo de [xxx] a contar da data de entrada em vigor do presente regulamento.

3. O grupo de peritos referido no nº 1 será composto por membros que representem, em particular, os interesses dos utilizadores do direito europeu comum da compra e venda para a União Europeia. Pode decidir estabelecer subgrupos de especialistas para domínios separados da atividade comercial.

Justificação

A necessidade de elaborar contratos-modelo harmonizados paralelamente ao DECV deve ser reiterada. Os contratos-modelo normalizados – em especial devido ao artigo 6º, nº 2 do Regulamento Roma I – não funcionariam no atual quadro legal. Os relatores estão convictos que esses contratos-modelo, disponíveis de imediato, seriam cruciais para o sucesso do DECV, e instam a Comissão a dar início a trabalhos sobre estes modelos tão rapidamente quanto possível e em paralelo ao processo legislativo em curso. Consideram ser necessária uma referência expressa a esses contratos-modelo no articulado.

¹¹¹ Parecer CESE 800/2012, INT/600 de 29 de março de 2012, Relatora Ana Bontea.